

EL MULTICULTURALISMO “LIBERAL”

Vanessa TASSARA ZEVALLOS*

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. La polémica liberal.- comunitarista (apenas una presentación descriptiva de la teoría).- 3. El significado del liberalismo.- 4. ¿Qué supone el multiculturalismo?.- 5. Los derechos fundamentales en el esquema multicultural del Estado Constitucional.- 6. Conclusión.

1. Introducción

Hoy en día el fenómeno del multiculturalismo no es extraño a ninguna realidad, a tal punto que las democracias occidentales han tenido que hacer una pausa en su *iter* diario y prestar atención a una agenda pendiente que propone la diversidad etnocultural. Por tanto, este hecho ha propiciado que, en primer lugar, haya que cuestionarse sobre si la autonomía moral del hombre, desde una perspectiva individualista, sigue siendo el fundamento último de los derechos humanos en el Estado Constitucional, y, ello, por cuanto, existen otras realidades como son la comunidad, la nación, entre otras, que también ostentan relevancia moral y que en algunas situaciones podrían condicionar el ejercicio de la autonomía individual.

El individuo o la comunidad no pueden ser entendidos de manera aislada y, mucho menos, ser considerados de manera indepen-

diente como las únicas entidades morales relevantes para el Derecho; debido a que individuo y comunidad se complementan permanentemente y se proyectan uno en el otro. De ahí que existe la necesidad de “desarrollar instrumentos jurídicos que posibiliten el desarrollo de los grupos minoritarios, de manera que sus *diversidades* no conviertan a sus miembros en inferiores con respecto a los que pertenecen a los grupos mayoritarios”¹⁹².

Ahora bien, esa necesidad de desplegar una labor dirigida a la implementación de instrumentos jurídicos que posibiliten el desarrollo de los grupos minoritarios, como sostiene Escudero, así como alcanzar el mejor disfrute de sus derechos, tiene como fundamento teórico el modelo liberal y democrático de multiculturalismo, asumido en los últimos tiempos por los estados del mundo occidental.

Considero que los rasgos del liberalismo y del multiculturalismo pueden ser matizados

* Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de San Martín de Porres. Asesora Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Abogada por la Universidad de San Martín de Porres. Estudios de maestría en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

¹⁹² ESCUDERO, R., *Tensiones conceptuales en el liberalismo y en el multiculturalismo*, en: Giraudo, Laura (editora) (2008) *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

a tal punto de presentar un modelo conciliado que solo busque un efectivo goce y respeto de derechos fundamentales. Intentaré, por tanto, demostrar en las siguientes líneas que el fenómeno del multiculturalismo sí puede ser liberal.

2. *La polémica liberal - comunitarista (apenas una presentación descriptiva de la teoría)*

Los distintos conflictos interculturales producidos mucho antes de la década de los ochenta y la implicancia de sus consecuencias en el ámbito político y jurídico, propiciaron una importante reflexión sobre la necesidad urgente de reconocer la diversidad cultural. En este contexto aparecieron, entonces, las diferentes posturas liberales y comunitaristas, generando un panorama teórico y polémico que plantea algunas interrogantes acerca del papel y el lugar que ocupa la cultura en una sociedad donde se persigue la protección de los derechos fundamentales de la persona.

En la búsqueda por explicar cuál es la forma en que los seres humanos se orientan moralmente y cómo funciona su moralidad, los comunitaristas¹⁹³ han puesto en discusión los fundamentos del discurso liberal.

No cabe duda que en la polémica liberal - comunitarista, John Rawls, con su *Teoría de*

*la Justicia*¹⁹⁴, sea el principal protagonista de la postura liberal y, ello, por cuanto al plantear Rawls la disociación entre la esfera pública, que se rige según los principios de justicia, y la esfera privada, donde cada individuo puede seguir sus propias concepciones del bien, a juicio de algunos estudiosos, este pensamiento lo convierte en un modelo del liberalismo (procedimental).

Postura ideológica, que por cierto, no podría recibir una mejor descripción en sus rasgos característicos -como dice Nino- que la formulada por el comunitarista Alasdair MacIntyre. Señala este autor que son cinco los rasgos que lo definen: "primero, la idea de que la moral está compuesta fundamentalmente por reglas que serían aceptadas por cualquier individuo racional en circunstancias ideales; en segundo término, el requisito de que esas reglas sean neutrales respecto de los intereses de los individuos; en tercer lugar, la exigencia de que las pautas morales sean también neutrales en relación a las concepciones de lo bueno que los individuos pueden sustentar; en cuarto término, la idea de que los agentes morales destinatarios de tales reglas son los individuos humanos y no, por ende, entes colectivos; y, finalmente, la exigencia de que las reglas morales sean aplicadas del mismo modo a todos los individuos humanos, cualquiera sea su contexto social"¹⁹⁵.

Frente a esta postura liberal se encuentra la del comunitarismo, que por cierto, está caracterizada por la ausencia de homogeneidad en sus enfoques así como la falta de coherencia teórica, lo que hace, en consecuencia, un tanto problemática su descripción, no obstante ello, Carlos S. Nino postula cuatro premisas

¹⁹³ "Tras la etiqueta de "comunitarismo" ha habido varios intentos de crítica a los postulados teóricos del liberalismo. En los años sesenta, los críticos estaban inspirados en Marx, y en los años ochenta, en las ideas de Aristóteles y Hegel. En 1982, Michael Sandel publica su libro *Liberalism and the Limits of Justice*, iniciando el debate actual sobre la cuestión, a partir de la crítica a *Theory of Justice* de Rawls. Si bien MacIntyre, un año antes, había publicado *After virtue*, Sandel acuña la etiqueta de "comunitarista" para su posición e inicia la campaña a favor de la corriente. Junto con Michael Walzer, Charles Taylor y algunos otros han formado lo que se ha venido en denominar comunitarismo filosófico, que ha generado un gran debate académico en su crítica al liberalismo", en PÉREZ DE LA FUENTE, Óscar (2005) *La polémica liberal comunitarista. Paisajes después de la batalla*. Madrid, Dykinson, Cuadernos "Bartolomé de Las Casas" N° 35, pp. 12-13.

¹⁹⁴ RAWLS, John *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1979.

¹⁹⁵ Citado por Nino, Carlos Santiago (1988) "Liberalismo "versus" comunitarismo". En *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, N° 1, setiembre-diciembre 1988, p. 364.

que definen la posición comunitarista: “En primer lugar, la derivación de los principios de justicia y corrección moral de una cierta concepción de lo bueno. En segundo término, una concepción de lo bueno en que el elemento social es central e incluso prevalente. En tercer término, una relativización de los derechos y obligaciones de los individuos a las particularidades de sus relaciones con otros individuos, a su posición en la sociedad y a las peculiaridades de ésta. Finalmente, una dependencia de la *crítica* moral respecto de la *práctica* moral de cada sociedad, tal como aquella se manifiesta en tradiciones, convenciones e instituciones sociales”¹⁹⁶.

Se desprende así, de la postura liberal y la comunitarista, algunas divergencias esenciales por lo que nos resulta didáctico apelar al esquema dicotómico que resume brevemente este enfrentamiento de posiciones y que es propuesto por Óscar Pérez de la Fuente¹⁹⁷ a fin de promover un mejor entendimiento:

- i. *Yo desvinculado v. Yo situado*, hace referencia a la noción de sujeto. El liberalismo promueve a un individuo capaz de elegir sus propios fines sin tomar en cuenta el contexto social; sin embargo, para el comunitarismo, son los elementos sociales los que dotan de identidad al individuo y le permiten orientar su concepción moral.
- ii. *Autonomía v. Autenticidad*, hace referencia a qué idea debe ser prevalente en la moralidad del individuo. Para el liberalismo no hay mejor juez de sus intereses que el propio individuo

y su autorrealización lo convierte en el origen de las normas morales. Sin embargo, en la lógica comunitarista se asume que el proyecto de vida del individuo trasciende su voluntad y que por el contrario se funda en valores que inspiran a la comunidad.

- iii. *Neutralidad estatal v. Política del bien común*, tiene que ver con el papel del Estado. En la línea liberal, el Estado debe asumir una postura neutral respecto de las concepciones del bien de los individuos. En la perspectiva comunitarista, por el contrario, el Estado tiene el deber de promover una política del bien común basada en la concepción general que comparten todos los miembros que conforman la comunidad.
- iv. *Unión social de uniones sociales v. Comunidad*, estudia la noción de lo colectivo. Según el liberalismo, la unión social es una empresa cooperativa de individuos autónomos que tienen el sentido de justicia y la noción de reciprocidad. Por su parte, la visión comunitarista afirma la relevancia moral de la comunidad y la considera como el elemento constitutivo de la identidad de los individuos.

Es probable que la tarea propuesta por los comunitaristas en su crítica al liberalismo no haya sido concretada de manera exitosa¹⁹⁸, no obstante ello, alcanza relevancia toda vez que

¹⁹⁶ NINO, Carlos Santiago (1989) *El constructivismo ético*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Capítulo VII “Kant y Hegel, otra vez”, p. 141.

¹⁹⁷ Cfr. PÉREZ DE LA FUENTE, Óscar (2005) *La polémica liberal comunitarista. Paisajes después de la batalla*. Madrid, Dykinson, Cuadernos “Bartolomé de Las Casas” N° 35, pp. 32-33.

¹⁹⁸ Como parece advertir Daniel Bonilla cuando refiriéndose a Taylor, Kymlicka y Tully sostiene que “[...] aun cuando la perspectiva de estos tres autores son algunas de las más sensibles a las exigencias de la comunidad y la cultura, no consiguen superar las objeciones fundamentales que ellos mismos presentan a las perspectivas liberales tradicionales”. En: Bonilla Maldonado, Daniel (2006) *La Constitución multicultural*. Santafé de Bogotá, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Instituto Pensar de la Universidad Javeriana y Siglo del Hombre Editores, p. 52.

al presentar la lógica liberal en su real dimensión permite revalorarla desde una perspectiva preocupada por lo colectivo. Por tanto, lo interesante de la polémica liberal comunitarista es que sus protagonistas desde distintas premisas, perspectivas metodológicas e influencias ideológicas han coincidido en dos puntos neurálgicos: la presencia de un individualismo excesivo en la postura liberal y la necesidad de incorporar en una sociedad actual la noción de lo colectivo.

3. *El significado del liberalismo*

El empleo de mecanismos jurisdiccionales para limitar el poder y la garantía proferida a la libertad son los dos rasgos esenciales del liberalismo clásico. Como afirma Bobbio, “la doctrina del estado liberal es la doctrina de los límites jurídicos del poder estatal”¹⁹⁹. Por tanto desde el plano ético – político, el liberalismo defiende el libre desarrollo de la personalidad y la libertad del individuo de las injerencias arbitrarias del Estado que buscan impedir estos cometidos.

Pero, ¿cuál es el contenido de la libertad que protege el liberalismo? Esta ideología, al parecer inspirada en Constant (libertad de los modernos), defiende la libertad negativa, es decir, la prohibición de obstáculos que impidan realizar o no determinadas acciones. Como diría Peces-Barba, “esta es la libertad como no interferencia, que crea un ámbito de libertad para el individuo y en el que nadie puede entrar, ni siquiera con acuerdo del titular. Protege el núcleo que más directamente afecta a la capacidad de elección y de decisión, y a la búsqueda sosegada tranquila y sin interferencias de una formación relevante para la manifestación de la voluntad y la toma de decisiones”²⁰⁰.

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

De igual forma, el liberalismo clásico así como defiende la libertad negativa, también hace lo propio con la igualdad, al entenderla como igual libertad o lo que se traduce en igualdad ante la ley (principio de no discriminación). Advierte en esta lógica que razones de origen, económicas, sociales, culturales o de cualquier otra índole no pueden ser motivo de discriminación en el orden práctico o normativo.

No obstante lo dicho hasta aquí, cabe sostener que el liberalismo también defiende la libertad positiva en su faz política (libertad de los antiguos a decir de Constant), es decir, garantiza el derecho de los individuos a participar en la vida política de la comunidad, así como el derecho a elegir y ser elegido. Aunque sobre esto último habría que realizar unas precisiones, porque como todos sabemos ha sido a mediados del siglo XX que recién se termina de conquistar (en casi todos los países del mundo) el sufragio universal, toda vez que en sus inicios el voto fue clasista, admitiendo, por tanto, exclusiones²⁰¹; y no solo eso, sino

¹⁹⁹ BOBBIO, Norberto *Liberalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1989, p. 16.

²⁰⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio *Lecciones de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid 2004, p. 141.

²⁰¹ Aquí se concentran las mujeres, extranjeros, la clase trabajadora, a pesar de ser merecedores también de esa libertad positiva que tiene cabida en el Estado de Derecho.

también poniendo en cuestionamiento los postulados mismos del liberalismo, ya que si como sostiene García Amado “lo que cuenta es el individuo y todo individuo cuenta por igual, dado que la pertenencia a uno u otro grupo (nacional, étnico, de género, de clase, etc.) nada añade a su condición básica, no hay razón de fondo ninguna (más allá de las razones puramente pragmáticas) para diferenciar entre los derechos de unos y otros individuos según al grupo a que pertenezcan”²⁰².

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

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

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

chos civiles y políticos, y reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales), el liberalismo hoy pretende encontrar las respuestas que busca el multiculturalismo de tal forma que sus postulados sigan siendo aceptados. Definitivamente las respuestas partirán de los derechos fundamentales como en las veces anteriores.

4. ¿Qué supone el multiculturalismo?

Frente a la pregunta, ¿qué supone el multiculturalismo? habría que responder, en primer lugar, ¿qué es el multiculturalismo? Al respecto, sostiene Sartori que el multiculturalismo puede ser entendido de dos maneras. Como un hecho, el concepto registra la existencia de una multiplicidad de culturas. Como un valor, implica una política de reconocimiento de las diversas culturas; y este reconocimiento exige que todas las culturas no solo merezcan respeto (como en el pluralismo), sino un mismo respeto por la sencilla razón de que para el multiculturalismo todas las culturas tienen igual valor²⁰³. Es decir, aunado al concepto de multiculturalismo está el vocablo “reconocimiento” como elemento inescindible.

Pues bien, entendido el concepto queda entonces regresar a la pregunta inicial, ¿qué supone el multiculturalismo? Considerando que cada realidad donde se presenta este fenómeno es diferente, resulta necesario recurrir únicamente a principios generales tal como sostiene Will Kymlicka²⁰⁴.

En tal sentido, el multiculturalismo supone, en primer orden, que el Estado no perte-

²⁰² GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Sobre derechos colectivos. Dilemas, enigmas, quimeras*, en: Ansuátegui, Francisco Javier (editor), *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas de la Universidad Carlos III, 2001, p. 185.

²⁰³ SARTORI, Giovanni *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Taurus, Madrid 2001, pp. 61 y 79.

²⁰⁴ Cfr. KYMLICKA, Will, *Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*. Traducción de Francisco Beltrán. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 2007, pp. 79 y 80.

nece a un grupo nacional único sino que tiene que ser visto como patrimonio de todos los ciudadanos.

En segundo lugar, el multiculturalismo rechaza toda política estatal de construcción nacional dirigida a la exclusión de miembros que conforman una minoría o de un grupo no dominante. Ya que todos los individuos tienen el derecho de acceder a las instituciones públicas y participar en la vida política de la comunidad en pie de igualdad, sin necesidad de ocultar o negar su identidad cultural. Y, en ese sentido, es obligación del Estado reconocer la historia, la lengua y la cultura de los grupos no dominantes de la misma forma que lo hace con los grupos mayoritarios.

Finalmente el multiculturalismo supone, como sostiene Kymlicka, que el Estado reconozca, de un lado, la injusticia histórica cometida en contra de las minorías o grupos no dominantes a través de las políticas de asimilación y exclusión impartidas, y, de otro, manifieste el compromiso de ofrecer algún tipo de remedio a fin de resarcir el daño ocasionado.

No obstante lo expresado por el profesor canadiense, considero que el multiculturalismo supone también la exigencia al Estado de una postura de apertura y tolerancia a fin de ofrecer una completa protección de derechos fundamentales, toda vez que frente a la diversidad estos derechos se redimensionan y deben ser aceptados en su nuevo sentido.

5. *Los derechos fundamentales en el esquema multicultural del estado constitucional*

El constitucionalismo, en su faz liberal, ha sido mal entendido por muchos de tal suerte que el significado de los derechos fundamentales ha sido interpretado como si obedeciera a una postura rígida que se condice con una dictadura occidental de los mismos, desvir-

tuando el rol pacificador que ejercen en una sociedad democrática, y, negando, de otro lado, la posibilidad de que el multiculturalismo pueda ser asumido como un modelo de impronta liberal. Y ello quizá se deba a las ideologías mal comprendidas que fundamentan el pensar no solo de los gobernantes sino también de la población mayoritaria que conforma la sociedad, por lo que esta problemática podría ser superada a largo plazo y a partir de una verdadera estrategia educativa de apertura y tolerancia.

Por ello, y con la intención de que el derecho fundamental a la identidad cultural cobre plena eficacia, es necesario comprender que cuando el constitucionalismo promueve al pluralismo como uno de los principios que informa el Estado Constitucional busca, de un lado, impedir que entre las diferentes ideologías que alberga una sociedad y que comparten valores mínimos exista una jerarquía abstracta, y, de otro lado, evitar que esta misma jerarquía abstracta se imponga entre los valores mínimos que no comparten las diferentes comunidades que se rigen bajo una misma Constitución.

El discurso de los derechos fundamentales es hoy en día la razón de ser de los estados y, por ende, es ahí donde se produce el choque frontal entre liberalismo y multiculturalismo, habida cuenta que ambas posturas buscan resguardar sus propios fundamentos. No obstante, sin necesidad de traicionar la esencia del liberalismo y el multiculturalismo es perfectamente posible matizar algunos rasgos de estos a fin de lograr un modelo conciliado donde, de una parte se garanticen los derechos civiles, políticos y sociales (propios de las democracias liberales), y, de otra parte, se adopten derechos específicos o políticas diversas en búsqueda de otorgar reconocimiento a las distintas identidades etnoculturales.

En este orden de ideas, considero que en una sociedad definida como multicultural existen algunos factores o criterios relevantes que

permiten medir en qué medida se ha conciliado el liberalismo con el multiculturalismo. Si estos criterios, que señalaremos a continuación, son superados, es decir, respetados, entonces es perfectamente posible hablar de un multiculturalismo liberal. En tal sentido, a nuestro juicio es necesario (i) que el ser humano sea concebido como un fin, (ii) que se respete su autonomía moral²⁰⁵, y, (iii) que en supuestos procedimentales, se le proteja algunas garantías mínimas como: el ser juzgado según el Derecho que le corresponda (nacional o consuetudinario), bajo el principio de neutralidad cultural y se le permita ejercer una plena defensa.

En las próximas líneas presentaremos algunos derechos cuyos contenidos pone de relieve el multiculturalismo y merecen, por tanto, una respuesta diferente del liberalismo.

1. *El derecho de propiedad*

En un esquema social pluricultural el derecho de propiedad no solo puede ser leído a la luz de la lógica occidental de los derechos fundamentales. Más aún si se trata del *derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas o comunidades nativas*.

Basta pensar en la importancia y el valor que, por ejemplo, ostenta la tierra para estas personas y el cambio de perspectiva no solo queda plenamente justificado sino que resulta necesario. Y, ello, por cuanto para la gran mayoría de pueblos indígenas, como sostiene Elizabeth Salmón, “la tierra cumple un doble papel: adicionalmente a constituir el sustento económico de los pueblos, la tierra represen-

ta también el espacio histórico, físico y espiritual con el cual determinado grupo construye su identidad y sobre el cual basa su propia existencia”²⁰⁶. Como dice la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua, “[...] la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”²⁰⁷.

En esa lógica entonces, la figura de expropiación que contemplan los ordenamientos jurídicos queda excluida de todo supuesto tratándose de los pueblos indígenas o comunidades nativas. Por el contrario, éstos pueden disponer libremente de sus tierras, y su propiedad es imprescriptible salvo en caso de abandono.

Pero cuando se habla del derecho de propiedad, y en particular, del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas o comunidades nativas existe un segundo elemento, también relevante, que al igual que la tierra pone en jaque el fundamento individual de los derechos fundamentales (según el liberalismo). Nos referimos a la consulta previa. Sin embargo, para efectos de este trabajo no nos detendremos en su análisis.

²⁰⁵ En este sentido, el Tribunal Constitucional ha referido que “toda fuerza homogeneizadora que no respete o que amenace las singularidades de las personas identificables bajo algún criterio de relevancia constitucional debe ser erradicada. Esto es, reconocer a la unidad dentro de la diversidad y a la igualdad como un derecho a la diferencia”, STC N° 3343-2007-PA.

²⁰⁶ SALMÓN GARATE, Elizabeth, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. IDEHPUCP y Cooperación Alemana al Desarrollo GTZ, Tomo 3. *Los derechos de los pueblos indígenas*, Lima, 2010, p. 40.

²⁰⁷ Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua, Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C, N° 79, párrafo 149.

2. *El derecho a una justicia neutral e imparcial (como expresión del derecho al debido proceso)*

En todo Estado Constitucional, entre los principios esenciales que rigen el ejercicio de la función jurisdiccional, se encuentran el de *imparcialidad* y de *neutralidad*. Resulta útil para nuestro análisis detenernos en este último. Y, ello, por cuanto el principio de neutralidad aparece como el parámetro que todo juez debe tomar en consideración, aunque sea mínimamente, al momento de absolver un conflicto, más aún si su decisión será proyectada en torno a un esquema cultural poco común para su labor diaria.

Ahora bien, para hablar de este principio aplicado a la práctica jurisdiccional vinculada, por ejemplo, con situaciones que presenten posibles violaciones de algunos derechos de personas que integran comunidades nativas, debemos situarnos en dos planos: el institucional y el argumentativo, ya que son éstos donde generalmente se hace imperiosa la necesidad de suscribir el principio de neutralidad.

Respecto del primer plano, cabe traer a colación el reconocimiento que los ordenamientos otorgan a las autoridades de los pueblos indígenas o comunidades nativas para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, ya que esta prescripción busca reforzar la legitimidad que tienen dichas comunidades para ejercer función jurisdiccional y que ante una eventual situación de duda razonable sobre la pertinencia de la intervención de la justicia ordinaria, no resultaría válido que se termine respaldando, *prima facie*, a ésta. Partiendo de la premisa que las materias a conocer por las autoridades jurisdiccionales de los pueblos indígenas o comunidades nativas se encuentran dentro del marco de las conductas regulares conocidas por ellas, la participación

de la justicia ordinaria se convierte en estrictamente excepcional.

En lo que al plano argumentativo se refiere, si se está ante la participación excepcional y justificada de la judicatura ordinaria, el principio de neutralidad aparece en el deber que tiene el juez que conoce la causa de despojarse, en la medida de lo posible, de sus valores individuales a fin de encontrar la cuota de racionalidad en la conducta del procesado que se afianza en un marco valorativo diferente y que le es otorgado por su derecho fundamental a la identidad cultural. Verbigracia si una persona acude a la justicia ordinaria argumentando que ha sido procesada en la comunidad obedeciéndose a valores culturales con los cuales discrepa porque no se siente identificada con ellos y mucho menos existe relación de pertenencia con esos cánones culturales, se deberá evaluar su real vinculación de pertenencia con éstos a fin de poder validar el proceso comunal²⁰⁸.

3. La libertad religiosa

Los problemas que afronta el fenómeno del multiculturalismo no solo tiene como referente la situación particular de los pueblos indígenas o comunidades nativas. Existen otros ámbitos que la diversidad cultural trae al debate. Uno de ellos es, con singular frecuencia, el vinculado con la libertad religiosa, a propósito de los constantes desplazamientos migratorios del hombre en las últimas décadas (situación propia de las sociedades europeas).

La libertad religiosa, como ha sostenido nuestro Tribunal Constitucional, “es el derecho fundamental de todo individuo de formar parte de una determinada confesión religiosa, de creer en el dogma y la doctrina propuesta

²⁰⁸ A fin de fundamentar este ejemplo, puede revisarse lo que ha tenido oportunidad de expresar la Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia N° T-523/97, en particular, en el punto 3.3.1.

por dicha confesión, de mantener pública y privadamente las consecuentes convicciones religiosas y de practicar el culto”²⁰⁹.

Ahora bien, el problema se suscita cuando en virtud a esa libertad religiosa los individuos deciden desplegar conductas que se conciben con el culto que libremente profesan, sin importar el lugar y las circunstancias en las que se encuentren. Ello, por cuanto, tal situación obliga a plantearse la interrogante de dónde queda el derecho del hombre si se encuentra en un lugar, ciudad o comunidad diferente de la que proviene.

Aquel que se convierte en extranjero o no forma parte de la comunidad, se pregunta si puede seguir disfrutando de todos sus derechos, incluso sus creencias religiosas, en la nueva realidad cultural en la que se encuentra inmerso. Por su parte, el nacional, lugareño o nativo, sigue conservando su derecho a que los foráneos respeten su forma de vida, la misma que está respaldada en los preceptos normativos y en sus costumbres que lo rigen.

De esta confluencia que se produce entre las exigencias propias de una religión y lo regulado por el derecho nacional, aparecen distintas situaciones en conflicto que merecen una respuesta a partir de la judicatura. A manera de ejemplo citaremos algunos supuestos conflictivos que generan las diferentes prácticas culturales vinculadas a la religión:

- ¿Puede un motociclista sikh exigir que se le dispense de la obligación general de llevar casco apelando al deber religioso que pesa sobre él de vestir turbante?
- ¿Cabe exigir a un preso judío que acepte el rancho general de la prisión o debe ofrecérsele comida kosher?

²⁰⁹ STC N° 0895-2001-AA, F.J. 3. Para un amplio desarrollo de este derecho también puede consultarse la STC N° 0256-2003-HC.

- ¿Tiene derecho un trabajador musulmán a interrumpir brevemente su actividad laboral para realizar las oraciones prescritas por su religión?
- ¿Puede ser despedido un trabajador por no acudir a su puesto de trabajo en los días en que se celebran las festividades máximas de su comunidad religiosa?
- ¿Pierde el subsidio de desempleo el trabajador despedido por tal causa?
- ¿Debe permitirse a los comerciantes judíos que abran sus negocios el domingo, dado que no pueden hacerlo el sábado porque la religión se lo prohíbe?
- ¿Tiene derecho una alumna islámica a ser eximida de la clase de educación física en régimen de coeducación porque no le está permitido mostrarse en traje de deporte a personas de otro sexo?
- ¿Pueden llevar velo en clase las alumnas islámicas?
- ¿Qué ocurre cuando no se trata de las alumnas, sino de las profesoras de una escuela pública?²¹⁰

Como todo derecho fundamental, la libertad religiosa también puede ser objeto de restricciones a favor de intereses superiores tales como la salvaguarda de la seguridad, salud, moralidad y orden público²¹¹. Y es que en virtud al ejercicio legítimo de prácticas que se condigan con el culto libremente elegido, no se puede justificar situaciones en donde otros derechos fundamentales o bienes constitucionales (como los aludidos) resulten lesionados.

Ante un conflicto entre la libertad religiosa y algún otro derecho es necesario una respuesta razonada de la judicatura, por lo que necesari-

²¹⁰ Grimm, DIETER, *Multiculturalidad y derechos fundamentales*, En: Denninger, Erhard y Dieter Grimm, *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Editorial Trotta, Madrid 2007, pp. 54-55.

²¹¹ STC N° 0895-2001-AA, F.J. 3.

riamente deberá apelar a la técnica de la ponderación a fin de determinar en qué medida se ha producido la intervención del derecho, y, a partir de ahí, decantarse por la solución razonable y proporcional que requiera el caso.

6. *Conclusión*

El multiculturalismo liberal exige, de un lado, el reconocimiento de las diversas cosmovisiones del mundo, y, de otro, un distinto entendimiento del contenido de los derechos fundamentales.

En esa lógica, estos derechos no parecen tener solo una base individualista, sino tam-

bién colectiva; por lo que la comunidad podrá ser el núcleo mínimo de algunos derechos fundamentales.

Asimismo, existe en el Estado Constitucional el deber de garantizar la participación de todo grupo comunitario en la determinación del contenido de las normas que puedan incidir sobre sus derechos. Y esto, por tanto, exige del Estado una actuación sobre la base del principio de neutralidad cultural.

Desde la perspectiva de los derechos, el principio de neutralidad exige optar por una concepción mínima de su contenido, a saber: ser humano como fin, autonomía moral y respeto por la moral procedimental.