

LA TEORÍA POLÍTICA DEL RECONOCIMIENTO Y LOS DERECHOS HUMANOS. APUNTES SOBRE UNA EXPLORACIÓN PARA LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS IMPLICANCIAS

Resumen

El presente trabajo tiene un objetivo doble, que es de carácter teórico y normativo. En el plano teórico el trabajo analizará la fundamentación que tendrían los derechos humanos desde la teoría política del reconocimiento y sus tensiones, especialmente, con el ideal de universalidad de los derechos humanos. En el plano normativo, esbozaré algunas implicancias que tendría fundamentar los derechos humanos en la teoría política del reconocimiento. El trabajo tendrá el siguiente esquema. En primer lugar constará de una breve introducción (1). Luego, se abordarán los principales elementos teóricos de la teoría política del reconocimiento y la fundamentación de los derechos humanos (2), para, posteriormente, dar cuenta de las tensiones que tiene con las clásicas fundamentaciones que se han dado de los derechos humanos y, en especial, con el ideal de universalidad. Junto con describir las tensiones que evidenciaré, me interesa proponer posibilidades de resolución de las mismas. En tercer lugar, plantearé algunas implicancias prácticas que tendría fundamentar los derechos humanos humanos en la teoría política del reconocimiento (3). Finalmente, concluiré el trabajo con reflexiones en torno a los temas propuestos (4).

Palabras claves: Fundamentación de los derechos humanos; teoría del reconocimiento; universalidad de los derechos humanos; política del reconocimiento y derechos humanos.

Autor: Jaime Gajardo Falcón, Universidad Diego Portales, gajardofalcon@gmail.com. El autor es Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Autónoma de Madrid. Magíster en Derecho, con mención en Derecho Público, Universidad de Chile. Máster en Gobernanza y Derechos Humanos, Universidad Autónoma de Madrid. Máster en Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Actualmente se desempeña como profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Diego Portales y profesor invitado de la Escuela de Postgrado de Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

1. Introducción

Los derechos humanos a lo largo del tiempo han sido objeto de una serie de conceptualizaciones¹ y fundamentaciones y han sido positivizados en un amplio número de instrumentos jurídicos internacionales, siendo la Declaración Universal su instrumento troncal y el Convenio Europeo y la Convención Americana de Derechos Humanos los principales instrumentos internacionales de carácter regional. En general, la idea que caracteriza a los derechos humanos es que estos serían aplicables en cualquier lugar, no dependiendo de un sistema político o cultura específica y que su valor es independiente de cualquier tipo de estructura social, política, cultural y que estos deben ser protegidos y respetados incluso en aquellos lugares en que sus sistemas normativos no hacen referencia a ellos o explícitamente los deniegan. Así, se ha sostenido que los derechos humanos poseen tres características que los distinguen del resto de los derechos, esto es, que son universales, absolutos² e inalienables³.

Para Francisco Laporta, la universalidad de los derechos humanos (o el ideal de universalidad) significa que los derechos humanos se adscriben a todos los seres humanos, independiente de sus circunstancias, condiciones y contextos, lo que trae una serie de consecuencias. Si se admite el rasgo de la universalidad se debe sacar a los derechos humanos del ámbito del sistema jurídico positivo (primera consecuencia), debiendo hacerse caso omiso de instituciones (segunda consecuencia) y roles (tercera consecuencia) “para poder adscribir los derechos morales a todos al margen de su circunstancia vivencial o contextual”.⁴

¹ Sobre la historia de los derechos humanos y su desarrollo, véase: HIERRO (2016), pp. 59-115.

² Que los derechos humanos sean absolutos significa que tienen una exigencia moral fuerte, un carácter urgente, exigente e intransigente. En ese sentido Francisco Laporta señala que: “(...) creo que los derechos humanos pretenden obtener su fuerza característica de que son expresión de bienes de particular relevancia para los seres humanos (...) Cuando decimos que los derechos humanos son derechos “absolutos” lo que queremos decir es, precisamente, que se trata de requerimientos morales que, caso de entrar en conflicto con otros requerimientos morales, los desplazan y anulan, quedando ellos como la exigencia moral que hay que satisfacer”. Cfr. LAPORTA (1987), p. 39. Luego, Laporta detalla el significado de absoluto, señalando que en realidad los derechos humanos tienen una preferencia *prima facie* ya que en caso de conflicto con otras demandas morales que no tienen igual entidad las desplazan pero en caso de colisión con otros derechos humanos el asunto se vuelve más complejo y se tendrá que recurrir a la ponderación, al contexto, entre otras. Cfr. *Ibid.*, p. 41.

³ Que los derechos humanos sean inalienables dice relación con que estos no pueden ser renunciados por parte de sus propios titulares. En ese sentido, Laporta señala que: “Igual que todos tienen la obligación de respetar el derecho de cada uno o carecen de la facultad de alterar ese derecho, el propio titular está obligado a respetar sus propios derechos o está inmunizado normativamente frente a sí mismo”. Cfr. *Ibid.*, p. 44.

⁴ Cfr. LAPORTA (1987), p. 33. En el mismo sentido, véase: PÉREZ TRIVIÑO (1995), pp. 471-472. Por su parte, para Alfonso Ruiz Miguel del entendimiento de los derechos humanos como criterios morales que

Por su parte la teoría política sobre el reconocimiento (Taylor y Honneth) ha tenido una gran influencia en desarrollar una concepción de la justicia relacional, sensible al contexto, para la cual lo justo sería “aquello que, en las prácticas o instituciones dentro de una sociedad, tiende a realizar los valores que en cada caso son aceptados como generales”⁵. Dicha concepción ha sido fundamental para que la justicia como ideal abstracto considere los contextos sociales en los que se desarrolla y, por ende, puede delimitar de mejor forma las condiciones para la justicia. En dicho sentido, el reconocimiento debido y sus esferas resultan cruciales para la concepción de justicia en los teóricos del reconocimiento y la fundamentación normativa y de las instituciones sociales que permiten dar ese reconocimiento a los miembros de una comunidad. Como se puede apreciar, la teoría política del reconocimiento evidencia una tensión con el ideal de universalidad de los derechos humanos.

Así, el presente trabajo tiene un objetivo doble, que es de carácter teórico y normativo. En el plano teórico el trabajo analizará la fundamentación que tendrían los derechos humanos desde la teoría política del reconocimiento y sus tensiones, especialmente, con el ideal de universalidad de los derechos humanos. En el plano normativo, esbozaré algunas implicancias que tendría fundamentar los derechos humanos en la teoría política del reconocimiento.

De esta forma, el trabajo tendrá el siguiente esquema. En primer lugar, se abordarán los principales elementos teóricos de la teoría política del reconocimiento y la

fundamentan de manera última tanto la existencia de deberes morales, como la necesidad del poder político, la característica de universalidad aparece en dos sentidos: 1) “*Universalidad del Punto de vista* o pretensión pragmática de validez general de los criterios adoptados, lo que alude a su imparcialidad y a su vocación de aceptabilidad como justos para todos: el estado de naturaleza, el imperativo categórico o la posición original de Rawls pueden verse como constructos teóricos predispuestos para buscar esta universalidad del punto de vista a través de un procedimiento imparcial que pasa siempre por la aceptabilidad individual, si bien de un individuo caracterizado por ciertos rasgos relativos al conocimiento, el desinterés, las actitudes, etc.”; 2) “*Universalidad de los sujetos* establecidos como titulares de los derechos, según suele expresarse en la fórmula canónica «todos los hombres...»: esta universalidad de los sujetos beneficiarios de los derechos se suele considerar lógicamente correlacionada con la universalidad de los sujetos obligados a cumplir tales derechos -esto es, de los destinatarios de los deberes correlativos-, lo que no deja de tener importancia, como después se verá, en los problemas de garantía efectiva de los derechos humanos”. Cfr. RUIZ MIGUEL (1992), pp. 98-99. Para Jack Donnelly la universalidad puede ser: fundacional, conceptual y estructural. La universalidad fundacional se refiere a que todos las personas *per se* poseen derechos humanos como herramientas que dignifican su existencia. En el plano conceptual, la idea de universalidad debe responder la pregunta de si los derechos humanos son iguales o tienen los mismos elementos constitutivos en las diferentes áreas geográficas del mundo. La universalidad estructural se refiere al contenido de cada derecho humano. Así, si se asume que todo derecho humano es estructuralmente universal, éste debiera tener el mismo tratamiento normativo en cualquier parte. Cfr. DONNELLY (1984), pp. 400-419.

⁵ HONNETH (2014), p. 24.

fundamentación de los derechos humanos. Posteriormente y, en segundo lugar, daré cuenta de las tensiones que tiene con las clásicas fundamentaciones que se han dado de los derechos humanos y, en especial, con el ideal de universalidad. Junto con describir las tensiones que evidenciaré, me interesa proponer posibilidades de resolución de las mismas. En tercer lugar, plantearé algunas implicancias prácticas que tendría fundamentar los derechos humanos humanos en la teoría política del reconocimiento. Finalmente, concluiré el trabajo con reflexiones en torno a los temas propuestos.

II. Los derechos humanos desde la teoría política del reconocimiento

Charles Taylor en su célebre ensayo titulado *El multiculturalismo y la "Política del Reconocimiento"* trajo, nuevamente, la idea del reconocimiento y sus implicancias sobre lo que entendemos por justicia al debate sobre la misma y, por ende, a las concepciones del derecho que le son tributarias.⁶

La idea central de la política del reconocimiento, expuesta por Taylor, es que la identidad se moldea en parte por el reconocimiento⁷ o por la falta de éste. Se incluye también la idea de un falso reconocimiento de otros, en el cual "un individuo o un grupo de personas puede sufrir un verdadero daño, una auténtica deformación si la gente o la sociedad que lo rodean le muestran, como reflejo, un cuadro limitativo, o degradante o despreciable de sí mismo. El falso reconocimiento o la falta de reconocimiento pueden causar daño, pueden ser una forma de opresión que subyugue a alguien en un modo de ser falso, deformado y reducido".⁸

Como ejemplo de la falta de reconocimiento y atingente a la relación entre Europa y América, Taylor afirma que a partir de 1492 los europeos proyectaron una imagen de los pueblos indígenas como inferiores, "incivilizados", y mediante la fuerza de la conquista lograron imponer esa imagen a los conquistados⁹. Dentro de esta perspectiva la

⁶ Asimismo, véase: WALZER (1993), pp. 260-290; HONNETH (1997).

⁷ Nancy Fraser, señala que el término "reconocimiento": "(...) proviene de la filosofía hegeliana y, en concreto, de la fenomenología de la conciencia. En esta tradición, el reconocimiento designa una relación recíproca ideal entre sujetos, en la que cada uno ve al otro como su igual y también como separado de sí. Se estima que esta relación es constitutiva de la subjetividad: uno se convierte en sujeto individual sólo en virtud de reconocer a otro sujeto y ser reconocido por él. Por tanto, el "reconocimiento" implica la tesis hegeliana, considerada a menudo opuesta al individualismo liberal, de que las relaciones sociales son anteriores a los individuos y la intersubjetividad es anterior a la subjetividad". En: FRASER (2006), pp. 17-88. Para Axel Honneth la falta de reconocimiento y el falso reconocimiento pueden originar la "reificación" del otro, es decir, su tratamiento como una cosa o una mercancía. Al respecto, véase: HONNETH (2007), pp. 129-148.

⁸ Cfr. TAYLOR (1994), pp. 53-54.

⁹ *Ibid.*, p. 54. En el mismo sentido, véase: QUIJADA (2007), p. 73.

falta de reconocimiento o el falso reconocimiento, no sólo es una muestra de falta de respeto, sino que pueden causar una herida profunda a las personas, generando en ella un odio a sí mismas. “El reconocimiento debido, no sólo es una cortesía que debamos a los demás: es una necesidad humana vital”¹⁰. En esa cita encontramos una primera conexión con una propuesta de fundamentación de los derechos humanos que retomaremos más adelante.

Taylor apunta los principales cambios en la estructura societal, que dan sentido a las ideas señaladas. En primer lugar, se genera un desplome de las jerarquías sociales, que solían ser la base del honor, empleado en el sentido que tenía en el antiguo régimen, en el que estaba intrínsecamente relacionado con la desigualdad. Luego, en segundo lugar, contra el concepto del honor, se levanta el concepto moderno de la dignidad. La dignidad se entiende igual para todos los seres humanos, por ende es universalista e igualitaria. Esta es la premisa subyacente que todos comparten, la única compatible con una sociedad democrática y que implica formas de reconocimiento igualitario. El contenido de esta política fue la de igualar los derechos y los títulos creando una ciudadanía igualitaria, cuyo mayor triunfo fue el obtenido por el movimiento de los derechos civiles en los Estados Unidos durante la década de 1960. En este tránsito¹¹, Taylor ve una continuidad entre las formas de reconocimiento igualitario de las democracias modernas y las actuales exigencias de igualdad de estatus para las culturas y para los sexos. La importancia del reconocimiento igualitario se modificó e intensificó a partir de la nueva interpretación de la identidad individual, que surgió a finales del siglo XVIII, denominada “autenticidad”.¹²

¹⁰ Cfr. TAYLOR (1994), p. 55. Cabe en este punto, tener presente la crítica que realiza Nancy Fraser a la justificación que dan los teóricos del reconocimiento para distinguir las reivindicaciones de reconocimiento justificadas de las que no lo serían. Así, según Taylor y Honneth, la necesidad de reconocimiento, se encuentra ligada a la de identidad y, por ende, autoestima. Para Fraser ello es cuestionable y lo argumenta en cuanto a las identidades racistas. Por ello propone, que: “(...) los reclamantes de reconocimiento deben demostrar que los acuerdos vigentes les impiden participar en la vida social en calidad de igualdad con los otros”. En: FRASER (2006), pp. 43-44.

¹¹ Charles Taylor hace una cronología histórica que para Axel Honneth, resulta engañosa. Para Honneth, la política de la identidad no es un fenómeno nuevo, se pueden encontrar sus raíces a comienzos de 1800, en la época de los nacionalismos europeos del siglo XIX. Al respecto, véase: HONNETH (2006), pp. 89-148.

¹² Anthony Appiah señala que la autenticidad no se construye exclusivamente por la persona, como piensa Lionel Trilling, a lo que se llamó esencialismo. La autenticidad, como rasgo de la identidad, se construye por el diálogo y el reconocimiento. Véase: APPIAH (1994), pp. 213-232.

Taylor, siguiendo a Lionel Trilling, se refiere a la identidad como el ideal de la “autenticidad”¹³. La fuente moral con la que se tiene que estar en contacto se encontraría dentro de nosotros, lo que forma parte del enorme giro subjetivo característico de la cultura moderna, es una nueva forma de interioridad con la que se llega a pensar en nosotros como seres con profundidad interna¹⁴. La importancia de la fidelidad moral con uno mismo, aumenta cuando se incorpora el principio de originalidad, en el sentido de que cada una de nuestras voces tiene algo único que decir. Así, ser fiel a uno mismo, significa ser fiel a su propia originalidad, siendo algo que sólo el individuo puede articular y descubrir. Taylor hace una prevención importante en el relato, señalando que Herder aplicó su concepción de originalidad en dos niveles, no sólo a la persona individual, sino que también a los pueblos que transmiten su cultura entre otros pueblos. Taylor identifica la idea de Herder, como seminal del nacionalismo (benigno y maligno) en la idea de que el colonialismo europeo debe extinguirse para dar a los pueblos del Tercer Mundo su oportunidad de ser ellos mismos, sin obstáculos. La idea de autenticidad es crucial para Taylor. Según él, el nacimiento de una sociedad democrática no anula por sí mismo el fenómeno del honor, pues las personas aún pueden definirse por el papel social que desempeñan. Sin embargo, lo que si socava en definitiva esta identificación derivada de la sociedad es el propio ideal de autenticidad.¹⁵

La importancia de la fidelidad moral interna del individuo aumenta cuando se incorpora el principio de originalidad, en el sentido de que cada una de nuestras voces tiene algo único que decir. Así, ser fiel a uno mismo, significa ser coherente con su propia originalidad, siendo algo que sólo el individuo puede articular y descubrir¹⁶. El punto central de Taylor en la idea de autenticidad y de identidad, es que ella no se produce por generación interna, sino que el rasgo decisivo es su carácter fundamentalmente

¹³ Para un análisis del concepto de identidad como categoría metafísica, es decir, en los términos en que lo estudia la filosofía de la mente y sus implicancias para la filosofía moral, en la propuesta de Parfit de teorías reduccionistas (que definen la identidad por referencias a hechos descritos de forma impersonal) y no reduccionistas (que definen la identidad de forma independiente de los actos del agente, es la idea cartesiana del ego como pura sustancia) y en la obra de comunitaristas como Taylor, MacIntyre y Sandel, véase: ÁLVAREZ (2002), pp. 155-227.

¹⁴ Cfr. TAYLOR (1994), p. 58.

¹⁵ Cfr. TAYLOR (1994), pp. 61-62.

¹⁶ Véase: TAYLOR (1997), pp. 31-57.

dialógico¹⁷, esto es que la génesis de la mente humana no es, en este sentido, monológica (no es algo que cada quién logra por sí mismo), sino dialógica.¹⁸

La identidad siempre se define en diálogo con las cosas que nuestros otros significantes desean ver en nosotros, y a veces en lucha con ellas, se define por los compromisos y las identificaciones que proporcionan el horizonte dentro del cual puedo adoptar una posición moral, es decir, determinar caso a caso lo que considero bueno, valioso, lo que debo y no debo hacer y lo que apruebo en la conducta de los otros agentes¹⁹. El ideal unidimensional esencialista, subestima gravemente el lugar que ocupa lo dialógico en la vida humana²⁰. Así, el reconocimiento igualitario depende del diálogo abierto y respetuoso y no de imposiciones morales de otros²¹, lo que Taylor considera fundamental para una democracia sana. Su rechazo puede causar daño a quienes se les niega y constituir una forma de opresión.²²

El reconocimiento igualitario tiene dos esferas. Primero, una íntima, donde se comprende que la formación de la identidad y del yo tiene lugar en un diálogo sostenido y en pugna con los otros significantes. Segundo, una esfera pública, donde la política del reconocimiento igualitario llega a desempeñar un papel cada vez mayor. El desarrollo moderno del concepto de identidad hizo surgir la política de la diferencia. Con la política

¹⁷ Sobre la perspectiva comunitarista de la identidad y su crítica al atomismo liberal, desde una visión que cuestiona los presupuestos racionales de la misma, véase: ÁLVAREZ (2002), pp. 251-281.

¹⁸ Cfr. TAYLOR (1994), p. 63. En un sentido similar, para Michael Sandel la comprensión de nosotros mismos es inseparable de nuestro entorno, donde la familia, la comunidad, la nación o el pueblo y la historia juegan un papel relevante. Cfr. SANDEL (2000), p. 122. Una de las consecuencias para Taylor de que la identidad se construya dialógicamente se ve en su idea de libertad, ya que “nuestras atribuciones de libertad tienen sentido en un marco de objetivos más o menos significativos, pues la cuestión de la libertad y su falta está ligada a la realización o frustración de aquellos. Además, nuestros objetivos significativos pueden frustrarse por obra de nuestros deseos, y cuando estos están sobre todo basados en una apreciación errónea, no los consideramos como realmente nuestros y los vivimos como impedimentos. En consecuencia, la libertad de un hombre puede ser restringida tanto por obstáculos externos como por obstáculos motivacionales internos (...) Esto se debe a que el sentido significativo de «libertad», el sentido por el cual la valoramos, en cuanto capacidad de actuar en función de nuestros objetivos importantes, el hombre que es víctima de impedimentos internos no es libre”. Cfr. TAYLOR (2005), pp. 278-279. En un sentido similar, señalando que existe una libertad “real” que se da en contextos “relacionales”, véase: HONNETH (2014), pp. 167-172. Por su parte, para Andrea Westlund existirá autonomía cuando una persona pueda justificar sus acciones en el marco de las relaciones en las que se desenvuelve y en la medida en que exista un marco dialógico, adscribiendo al concepto de “autonomía relacional”. Cfr. WESTLUND (2009), pp. 26-49. Para Silvina Álvarez, la autonomía es una capacidad gradual de desarrollo, la que esta dada por la racionalidad, la independencia y las opciones contextuales y relacionales relevantes. Cfr. ÁLVAREZ (2014b), pp. 52-79.

¹⁹ Cfr. TAYLOR (1989), p. 43.

²⁰ Cfr. TAYLOR (1994), p. 65.

²¹ Taylor plantea lo que denominó: “Algunas condiciones para una democracia viable”, dentro de las que se encontrarían las que generan el sentimiento de igual respeto. Véase: TAYLOR (2012), p. 30.

²² En el mismo sentido, véase: WALZER (1993), pp. 260-291.

de la dignidad lo que se establece pretende ser universalmente lo mismo, un cúmulo idéntico de derechos e inmunidades.

A diferencia de lo anterior, para Taylor el fin de la política de la diferencia es que se reconozca la identidad única del individuo o del grupo, el hecho de que es distinto de todos los demás. Ello sería lo que se ha pasado por alto, ha sido objeto de glosas y asimilada por una identidad dominante o mayoritaria, constituyéndose en el principal agravio contra el ideal de autenticidad.²³

En la política de la diferencia subyace el principio de igualdad universal, lo que otorga a dicho principio un punto de enlace en la política de la dignidad. Sin embargo, es compleja su compatibilidad con la política de la dignidad universal, ya que se exige reconocimiento y estatus a algo que no es universalmente compartido. La política de la dignidad universal busca la no discriminación, con formas ciegas a los modos en que se diferencian los ciudadanos. La política de la diferencia a menudo redefine la no discriminación exigiendo que hagamos de estas distinciones la base de un tratamiento diferencial. Taylor pone como ejemplo un tratamiento diferente a los grupos aborígenes canadienses, señalando que reciben ciertos derechos y facultades de los cuales no gozan otros canadienses.

Taylor argumenta que los partidarios de la dignidad universal (liberales)²⁴, intentan justificar las políticas de la diferencia, sobre la base original de la dignidad, utilizando como idea la de “discriminación a la inversa o positiva”.

²³ Cfr. TAYLOR (1994), p. 71.

²⁴ Taylor apunta que la política de la dignidad igualitaria surgió en la civilización occidental de dos modelos, creados por Rousseau y Kant. Analizando a Rousseau, señala que él tiende a oponer la condición de libertad en la igualdad a otra que se caracteriza por la jerarquía y la dependencia de los otros. Señala que la persona depende de otro, no sólo porque se ejerza un poder político o porque la necesite para su subsistencia, sino también porque anhela contar con su estima. Para Rousseau, el remedio no consistiría en rechazar la importancia de la estima, sino en entrar en un sistema totalmente distinto que se caracterice por la igualdad, la reciprocidad y la unidad de propósito. La unidad de propósito, entendida como voluntad general, se construye con la igualdad de estima. Así el silogismo de Rousseau, es que el “yo” es “nosotros” y “nosotros” el “yo”. En Rousseau, libertad entendida como no dominación, ausencia de roles diferenciados y un propósito común muy compacto, son aspectos inseparables de su teoría. Así todos debemos depender de la voluntad general para que no surjan formas bilaterales de dependencia. Véase: ROUSSEAU (1983), pp. 40-42. Para Taylor, lo planteado por Rousseau ha sido la fórmula para las formas más terribles de tiranía homogeneizante, comenzando por los jacobinos para terminar con los regímenes totalitarios del siglo XX. El modelo Kantiano de dignidad universal, separa de la triada Rousseauiana la libertad igualitaria, siendo ajeno a dicho sistema la idea de voluntad general. Sin embargo esta variante del liberalismo, “(...) sólo pueden otorgar un reconocimiento muy limitado a las distintas identidades culturales. La idea de que cualquiera de los conjuntos habituales de derechos puede aplicarse en un contexto cultural de manera diferente que en otro, que sea posible que su aplicación haya de tomar en cuenta las diferentes metas colectivas, se considera del todo inaceptable”. Para explicar esta forma de liberalismo, Taylor revisa lo

“La discriminación a la inversa es defendida como una medida temporal que gradualmente nivelará el campo de juego y permitirá que las viejas reglas “ciegas” retornen con todo su vigor, en tal forma que no discriminen a nadie. Este argumento parece bastante convincente ahí donde su base fáctica es sólida; sin embargo, no justificará algunas de las medidas que hoy se piden en nombre de la diferencia, y cuyo objeto no es el de hacernos retroceder, a la larga, a un espacio social “ciego a la diferencia”, sino, por el contrario, conservar y atender a las distinciones, no sólo hoy, sino siempre. Al fin y al cabo, si la identidad es lo que nos preocupa, ¿entonces qué es más legítimo que nuestra aspiración a nunca perderla?”²⁵

Charles Taylor critica el argumento de Will Kymlicka²⁶ de defender la política de la diferencia en relación con los aborígenes en Canadá desde la teoría de la neutralidad liberal. Señala que el argumento de Kymlicka no integra las demandas reales hechas por los aborígenes de supervivencia de su cultura. Para Taylor, la “supervivencia cultural” es una meta colectiva que puede ser amparada y desarrollada por un gobierno. Para ejemplificar ello, señala que: “Para el Gobierno de Quebec, es axiomático que la supervivencia y el florecimiento de la cultura francesa en esta provincia constituye un bien”²⁷. Éste es uno de los puntos más discutidos en la teoría de Taylor. Amy Gutmann, concordando con Appiah en que hay objetivos colectivos legítimos cuya búsqueda hace necesario ponerles atención, señala que hay motivos para preocuparse por la demanda de la “supervivencia cultural” entendida como una garantía política para que una cultura siga existiendo por generaciones futuras indefinidas, por lo que la “supervivencia cultural” no

planteado por Dworkin, señalando que todas las personas tienen opiniones sobre los fines de la vida, sobre lo que constituye una vida buena, pero se reconoce el compromiso de tratarnos recíprocamente en forma equitativa e igualitaria, cualquiera que sea el modo en que concibamos nuestros fines. El compromiso de trato igualitario y equitativo, es de tipo procesal, mientras que el compromiso con los fines de la vida, es de tipo sustancial. Dworkin afirma que una sociedad liberal es aquella que, como sociedad, no adopta ninguna opinión sustantiva particular acerca de los fines de la vida. Antes bien, la sociedad se une en torno a un poderoso compromiso procesal de tratar a las personas con igual respeto. “Hay suposiciones filosóficas muy profundas que subyacen en esta opinión del liberalismo arraigado en el pensamiento de Immanuel Kant. Entre ellas, destaca el de que esta opinión considera que la dignidad humana consiste en gran medida en la autonomía, es decir, en la capacidad de cada persona para determinar por sí misma su idea de la vida buena. La dignidad está menos asociada con cierta concepción particular de la vida buena (como que el que alguien se apartara de ella rebajaría su propia dignidad) que con la capacidad de considerar y adoptar para uno mismo alguna opinión u otra”. Cfr. TAYLOR (1994), pp. 69-88. Así, la sociedad neutral debe permanecerlo ante la o las concepciones de vida, y limitarse a garantizar que los ciudadanos se traten sin distinciones y el Estado los trate a todos por igual.

²⁵ *Ibid.*, p. 73.

²⁶ Argumento utilizado en KYMLICKA (1989).

²⁷ Cfr. TAYLOR (1994), pp. 96-97.

estaría entre las metas colectivas que deberían tener una protección y reconocimiento normativo.²⁸

En un sentido similar, Habermas critica la “supervivencia cultural” planteada por Taylor, señalando que la protección de las tradiciones y de las formas de vida que configuran las identidades y los diversos ideales de vida buena, sólo debe jugar un rol relevante para el reconocimiento de sus miembros, pero no para una suerte de protección administrativa u estatal de las especies o culturas. Así, “las tradiciones culturales y las formas de vida que en ellas se articulan se reproducen normalmente por el hecho de que convencen a aquellos que las abrazan y las graban en sus estructuras de personalidad, es decir, porque motivan a una apropiación productiva y una prosecución de las mismas. Desde los presupuestos del estado de derecho, sólo cabe posibilitar ese rendimiento hermenéutico de la reproducción cultural de los mundos de la vida, ya que una garantía de supervivencia habría de robarles a los miembros precisamente la libertad de decir sí o no, que hoy en día constituye una condición necesaria para la apropiación y preservación de una herencia cultural”.²⁹

La política de la diferencia también se fundamenta en un potencial universal, el de modelar y definir la propia identidad, como individuos y como cultura. Esta potencialidad debe respetarse en todos por igual y entre todas las culturas. Para Taylor, la arrogancia de superioridad cultural implica el rechazo al principio de la igualdad humana. El reproche que hace el liberalismo a la política de la diferencia es que viola el principio de no discriminación. La crítica de la política de la diferencia al liberalismo, es que niega la identidad cuando constriñe a las personas en un molde homogéneo que no les pertenece. Ya sería un problema si los moldes fueran neutrales, pero la queja va más allá, pues señala que el conjunto de principios supuestamente neutral, es en realidad el reflejo de una cultura hegemónica. Así, sólo las culturas minoritarias u oprimidas son constreñidas a asumir una forma que les es ajena.³⁰

Taylor plantea que las teorías de Rawls, Dworkin y Habermas, parten de la suposición que una de ellas es la correcta. Señala que estas teorías liberales son particularismos que se disfrazan de universalismos. Para Charles Taylor, el liberalismo

²⁸ Cfr. GUTMANN (1994), pp. 11-13. Asimismo, véase: APPIAH (1994), pp. 149-163.

²⁹ Cfr. HABERMAS (1994), pp. 186-187.

³⁰ Cfr. TAYLOR (1994), p. 78.

clásico es intolerante con la diferencia, porque insiste en una aplicación uniforme de las reglas que definen esos derechos sin excepción, y desconfía de las metas colectivas.³¹

Por su parte Honneth reflexionando sobre el reconocimiento y la justicia, ha planteado que las principales tensiones y conflictos sociales se dan por la lesión de las expectativas profundas de reconocimiento de individuos y grupos que han sido históricamente menospreciados o marginalizados del *ethos* de la sociedad³². En ese sentido, Honneth señala que el derecho, como una de las esferas del reconocimiento, nos hace personas debido a que la autonomía personal de los individuos requieren del reconocimiento recíproco el que debe tener un correlato en el derecho positivo, el que sólo emergería como construcción social y como una lucha por el mismo.³³

Junto con el debido reconocimiento que debe entregar el derecho positivo, Honneth al igual que Taylor, sostienen que es fundamental para ello la existencia de instituciones de reconocimiento mutuo que contribuyan a que el individuo realmente realice su libertad reflexiva y que ello se logra en una lenta pedagogía (Taylor) de prácticas sociales que van dando cuenta del reconocimiento recíproco.

Ahora bien, ni Taylor ni Honneth reflexionan expresamente sobre como compatibilizar el reconocimiento debido de individuos y grupos en contextos globales y, en particular, con el ideal y pretensión de universalidad de los derechos humanos. En ese sentido, para unir ambos temas, pasaré a revisar, brevemente, los fundamentos que se han dado a los derechos humanos y cómo podríamos fundamentarlos desde la teoría del reconocimiento.

Así, tal como señalabamos en la introducción, la pregunta sobre cuál es el fundamento de los derechos humanos ha sido respondida desde diferentes teorías políticas y teorías del derecho. Siguiendo la sistematización realizada por Pérez Luño, podemos encontrar los siguientes planteamientos: a) Las posturas realistas, que señalan que la pregunta sobre el fundamento de los derechos humanos carece de sentido, o las positivistas y neopositivistas que descartan la pregunta por ser irresoluble; b) Posturas que admiten la posibilidad de dar un fundamento, ya que reconocen la existencia de un orden de valores que poseen una validez objetiva, absoluta y universal, con independencia

³¹ Cfr. Ibid., pp. 81-82.

³² Cfr. Honneth (1997), p. 197.

³³ Cfr. Honneth (2006), pp. 109-114.

de la experiencia de los individuos, o de su conciencia valorativa y que corresponde a la posición objetivista (con sus variantes cristianas, aristotélicas, naturalistas) de los derechos humanos; c) Posturas subjetivistas (Popper y Hayek) que enfatizan la autonomía individual como fuente de todos los valores, reposando el fundamento de los derechos humanos en una visión individualista de la sociedad y, por ende, centrada en la idea de defensa de la libertad; d) La posición contractualista de Rawls y Dworkin, en la que los individuos racionales y libres en una posición original, interesados en sí y bajo el velo de la ignorancia, acuerdan las bases de su convivencia futura mediante principios de justicia acordados por consenso y como normas perpetuas de una sociedad bien organizada; e) La corriente intersubjetiva, conformada por las posturas que conciben a los derechos humanos como valores intrínsecamente comunicables, esto es: categorías que por expresar necesidades social e históricamente compartidas, permiten suscitar un consenso generalizado sobre su justificación (Habermas, Alexy (libertad jurídica y fáctica) y Bockenforde (condición necesaria), las escuelas marxistas de la necesidad y los constructivistas que ven la posibilidad de alcanzar un consenso intersubjetivo a través del discurso racional (como Nino y los seguidores de la democracia deliberativa).³⁴

A su vez, Francisco Laporta ha sostenido una fundamentación de los derechos humanos como “(...) una forma de expresión de los propios rasgos constitutivos de la moralidad interindividual, o, para utilizar un lenguaje kantianizado, de las condiciones de posibilidad del mundo moral”.³⁵

En el mismo sentido, para Liborio Hierro el fundamento de los derechos humanos es de tipo moral, conceptualizando a los mismos de la siguiente forma: “Los derechos humanos son aquellas libertades, inmunidades, pretensiones y potestades que corresponden a todo ser humano como condición necesaria para realizarse como sujeto moral y cuya satisfacción es condición necesaria y suficiente para justificar la existencia, el origen y el contenido de un sistema jurídico”.³⁶

Como se puede apreciar, los derechos humanos han sido fundamentados de forma abstracta y como condiciones necesarias, independientes del contexto (derecho, instituciones y cultura) del cual debe disponer y tener todo ser humano para realizarse

³⁴ Cfr. Pérez Luño (1984), pp. 132-187.

³⁵ Cfr. Laporta (1987), p. 44.

³⁶ Cfr. HIERRO (2016), p. 131.

como individuo. De ellos, surgiría el ordenamiento jurídico y, en último término, adquiriría legitimidad.

III. Algunas tensiones y posibilidades de resolución (a modo de conclusión)

Un primer aspecto que surge de la revisión de la teoría del reconocimiento, es que esta puede ser parte o una variante de los que se ha denominado como corriente intersubjetiva de fundamentación de los derechos humanos, conformada por las posturas que conciben a los derechos humanos como valores intrínsecamente comunicables, esto es: categorías que por expresar necesidades social e históricamente compartidas, permiten suscitar un consenso generalizado sobre su justificación. En ese sentido, la política del reconocimiento, con sus amplios alcances puede jugar un papel fundamental tanto para comprender el creciente fenómeno de culturalización³⁷ de los derechos humanos como para entregar coordenadas para su gestión.

Ahora bien, tanto Taylor como Honneth aceptan que el reconocimiento cultural, principalmente de comunidades y grupos, reconoce límites, que en el caso de Taylor los sitúa expresamente en los derechos humanos. El hecho de aceptar el ideal de la universalidad de los derechos humanos, no implica que no se pueda plantear que la diversidad cultural juega un rol importante en la determinación del contenido de los derechos humanos³⁸. Para ello, en primer lugar, se debe aceptar que actualmente existe una gran dispersión en el plano *fáctico* tanto en la positivización³⁹ como en la

³⁷ Sobre la culturalización de los derechos humanos en términos generales, véase: KYMLICKA (2009), pp. 41-69; MARKO (2012), pp. 265-291; PENTASSUGLIA (2013), pp. 73-116; LENZERINI (2014).

³⁸ Al respecto, véase: KYMLICKA (2009), pp. 41-69; PAREKH (2005), pp. 195-209; CHRÍOCHÁIN (2012), pp. 291-311; TORBISCO (2016), pp. 372-375. En ese sentido, para Luis Villavicencio es posible compatibilizar la importancia normativa que los comunitaristas le dan a la cultura con una tesis metaética que contemple el ideal de universalidad de los derechos humanos. Al respecto, véase: VILLAVICENCIO (2014), p. 214. Para Lenzerini el factor cultural en la determinación del contenido de los derechos humanos no solo es relevante en un sentido normativo sino también práctico, por las siguientes razones: 1) los derechos humanos se vuelven “cercaños” y entendibles para las comunidades, es decir, se concretizan desde la teoría; 2) la culturalización de los derechos humanos, aumenta la legitimidad y la efectividad de los mismos; 3) aumenta el compromiso de los gobiernos con los derechos humanos; 4) al integrar la diversidad cultural en la interpretación de los derechos humanos se realiza una “mejor” ponderación de los derechos humanos involucrados en los casos de conflicto; y, 5) aumenta la tolerancia, el entendimiento mutuo, la seguridad y la paz entre los pueblos y las comunidades culturales. Cfr. LENZERINI (2014), pp. 217-226. Asimismo, véase: OTTO (1997), pp. 1-46.

³⁹ La culturalización de los derechos humanos en términos positivos se ha dado a causa de un fenómeno general, como de dos particulares. El de tipo general se debe a la proliferación de normas que son entendidas como derechos humanos, lo que según Laporta aporta a una trivialización de estos [LAPORTA (1987), p. 39]. Un primer factor específico ha sido la transformación del derecho internacional de los derechos humanos desde uno con acento en lo universal a uno que pone su atención en la protección de las minorías [KYMLICKA (2009), pp. 41-69; MARKO (2012), pp. 265-291; PENTASSUGLIA (2013), pp. 73-116]. Un segundo factor específico ha sido la diferencia de conceptualización de los derechos humanos en los tres

adjudicación⁴⁰ de los derechos humanos, fenómeno que se ha denominado como la “culturalización” de los derechos humanos. En segundo lugar, se ha de defender el ideal de la universalidad de los derechos humanos como meta, la que debe ser desarrollada bajo una perspectiva *de lege ferenda* que incluya el actual proceso de culturalización de estos y un proceso continuo de diálogo -en pie de igualdad⁴¹- entre las diferentes culturas y sujetos y grupos tanto al interior de las comunidades políticas (sentido interno) como entre ellas (sentido externo).

sistemas regionales de protección (Europa, América y África). Por ejemplo, en el sistema africano se reconocen expresamente la existencia de derechos colectivos, mientras que en América su reconocimiento ha venido de la mano de la jurisprudencia y en Europa no se reconoce tal posibilidad [LENZERINI (2014), pp. 131-144]. Un tercer factor que ha jugado un papel relevante en la culturalización positiva de los derechos humanos ha sido la práctica de las reservas a los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos por parte de los Estados [DONDEERS (2013), pp. 205-239]. Un cuarto factor es la presencia en los propios tratados regionales de protección de los derechos humanos, como la CADH y el CEDH de cláusulas que reconocen la posibilidad de limitar el ejercicio de los derechos humanos por la utilización de conceptos indeterminados como la “moral” [PÉREZ TRIVIÑO (1995), pp. 469-490].

⁴⁰ En la adjudicación de los derechos humanos podemos encontrar el fenómeno de culturalización de los derechos humanos dado por: 1) La diversa práctica cultural de los órganos de protección de los derechos humanos de carácter general como los tribunales regionales [LENZERINI (2014), pp. 116-212; BANTEKAS y OETTE (2016), pp. 35-40]; 2) La utilización de herramientas hermenéuticas como la doctrina del margen de apreciación que robustece las prácticas culturales de ciertas comunidades al interior de los Estados [BRAUCH (2005), pp. 113-150; LETSAS (2007); GARCÍA ROCA (2010), pp. 107-108; SENDEN (2011)]; 3) La diversidad de entendimientos jurisprudenciales al interior de los órganos de protección de los derechos humanos sobre un mismo derecho o su contenido, siendo un ejemplo de ello las diferencias que existen entre la Corte IDH y la CIDH en la conceptualización del derecho a la propiedad comunal indígena [GAJARDO FALCÓN (2014), pp. 139-165].

⁴¹ Pedro Garzón López le ha denominado a este diálogo en pie de igualdad como uno de tipo intercultural/decolonial en el que las relaciones, negociaciones e intercambios culturales, se realiza admitiendo que existen asimetrías sociales, históricas, económicas, de poder e institucionales que limitan el reconocimiento del “otro” como un sujeto capaz de construir una concepción de la vida buena que sea “comparable” con la cultura dominante. Cfr. GARZÓN LÓPEZ (2016), pp. 52-66. Sobre el interculturalismo/decolonial, véase: WALSH (2009); FANON (2009). Desde otra óptica (feminismo) Seyla Benhabib defiende el ideal de un universalismo que sea interactivo, conocedor de las diferencias entre géneros, sensible al contexto y no indiferente a las diversidades. Cfr. BENHABIB (1992), pp. 16-17. Asimismo, véase: HÖFFE (2008), pp. 165-184.