

**UNIVERSALISMO VS. MULTICULTURALISMO
EN LA ENCRUCIJADA CONTEMPORÁNEA DE
LOS DERECHOS HUMANOS**

**ALGUNOS EJEMPLOS HISTÓRICOS Y RECIENTES DE
LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA**

*Conferencia del Dr. Renato Rabbi-Baldi Cabanillas,
al incorporarse como Académico Correspondiente a la
Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas,
en sesión pública extraordinaria del 4 de diciembre de 2013*

Las ideas que se exponen en esta publicación son de exclusiva responsabilidad de los autores, y no reflejan necesariamente la opinión de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

ISSN: 0325-4763

Hecho el depósito legal

© Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas

Avenida Alvear 1711, P.B. - Tel. y fax 4811-2049

(1014) Buenos Aires - República Argentina

ancmyp@ancmyp.org.ar

www.ancmyp.org.ar

Se terminó de imprimir en Pablo Casamajor Ediciones (www.imagenimpresa.com.ar)
en el mes de marzo de 2014.

**ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS
MORALES Y POLÍTICAS
JUNTA DIRECTIVA 2013 / 2014**

Presidente Académico Ing. MANUEL A. SOLANET
Vicepresidente . . Académico Dr. SANTIAGO KOVADLOFF
Secretario Académico Dr. LEONARDO MC LEAN
Tesorero Académico Dr. RODOLFO A. DÍAZ
Prosecretario . . . Académico Dr. JOSÉ CLAUDIO ESCRIBANO
Protesorero Académico Dr. ROSENDO FRAGA

ACADÉMICOS DE NÚMERO

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Horacio A. GARCÍA BELSUNCE	21-11-79	Rodolfo Rivarola
Dr. Alberto RODRÍGUEZ VARELA	28-07-82	Pedro E. Aramburu
Dr. Natalio R. BOTANA	11-07-84	Fray Mamerto Esquiú
Dr. Horacio SANGUINETTI	10-07-85	Julio A. Roca
Dr. Leonardo MC LEAN	22-04-87	Juan B. Justo
Monseñor Dr. Gustavo PONFERRADA..	22-04-87	Nicolás Avellaneda
Dr. Gerardo ANCAROLA.....	18-12-92	José Manuel Estrada
Dr. Gregorio BADENI	18-12-92	Juan Bautista Alberdi
Dr. Eduardo MARTIRÉ	18-12-92	Vicente Fidel López
Dr. Isidoro J. RUIZ MORENO	18-12-92	Bernardino Rivadavia
Dr. Jorge R. VANOSSI.....	18-12-92	Juan M. Gutiérrez

ANALES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Hugo O. M. OBIGLIO	23-04-97	Miguel de Andrea
Dr. Alberto RODRÍGUEZ GALÁN	23-04-97	Manuel Belgrano
Dr. Fernando N. BARRANCOS Y VEDIA	28-04-99	Benjamín Gorostiaga
Dr. Juan R. AGUIRRE LANARI	27-11-02	Justo José de Urquiza
Dr. René BALESTRA	14-09-05	Esteban Echeverría
Dr. Alberto DALLA VÍA	14-09-05	Félix Frías
Dr. Rosendo FRAGA	14-09-05	Cornelio Saavedra
Embajador Carlos ORTIZ DE ROZAS....	14-09-05	Ángel Gallardo
Dr. Mario Daniel SERRAFERO	14-09-05	José M. Paz
Dr. Juan Vicente SOLA.....	14-09-05	Deán Gregorio Funes
Dr. Carlos Pedro BLAQUIER.....	27-08-08	Nicolás Matienzo
Ing. Manuel SOLANET	27-08-08	Joaquín V. González
Dr. José Claudio ESCRIBANO	27-05-09	Domingo F. Sarmiento
Dr. Rodolfo Alejandro DÍAZ	14-04-10	Dalmacio Vélez Sarsfield
Dr. Santiago KOVADLOFF	14-04-10	Estanislao Zeballos
Dr. Vicente MASSOT	14-04-10	Fray Justo Santa María de Oro
Dr. Felipe DE LA BALZE	14-04-10	Bartolomé Mitre
Lic. María Teresa CARBALLO	26-10-11	Roque Sáenz Peña
Dr. Héctor A. MAIRAL	26-10-11	Carlos Pellegrini
Dr. Eduardo Martín QUINTANA.....	26-10-11	Vicente López y Planes
Dra. María Angélica GELLI	12-12-12	Antonio Bermejo
Dr. Adalberto RODRÍGUEZ GIAVARINI.	12-12-12	Adolfo Bioy
Almte. Enrique MOLINA PICO	12-12-12	José de San Martín

ACADÉMICO EMÉRITO

Dr. Carlos María BIDEGAIN

*Apertura del acto a cargo del
académico Presidente Manuel Solanet*

Me es grato abrir esta sesión extraordinaria para proceder a la incorporación, como académico correspondiente, con residencia en Salta, del Dr. Renato Rabbi-Baldi Cabanillas.

Luego de su presentación a cargo del académico de número y ex Presidente Jorge Reinaldo Vanossi, el Dr. Rabbi-Baldi Cabanillas se referirá al tema “Universalismo vs. multiculturalismo en la encrucijada contemporánea de los derechos humanos. Algunos ejemplos históricos y recientes de la jurisprudencia argentina”.

Procedo a entregar al nuevo académico correspondiente el diploma y la medalla que lo acreditan en tal calidad, en la seguridad de que su contribución será fructífera para nuestra Academia.

*Presentación a cargo del
académico Jorge Reinaldo Vanossi*

No es una promesa: es una gran realidad. Con esta afirmación señalamos la trascendencia de este acto, en el que se incorpora a nuestra Academia un genuino valor de la ciencia jurídica y de la *ius filosofía* en particular, que enriquecerá con su bagaje intelectual y su nítida personalidad el acerbo de la corporación.

Nacido en su entrañable Provincia de Salta el 18 de julio de 1960, Luis Renato Rabbi-Baldi Cabanillas exhibe una “hoja de vida” pletórica de dotes y de actos positivos que dan testimonio de una perseverante línea de pensamiento decididamente orientada hacia la defensa de las creencias, las ideas, los ideales y los valores que sustentan al mundo que se inspira en la fe, la libertad y la moral.

Se recibe de abogado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en 1984 y cinco años después es laureado “Doctor en Derecho” en la prestigiosa Universidad española de Navarra (1989). Entre ambas fechas fue becario del Instituto de Cooperación Iberoamericana para sus estudios de postgrado con meta en el Doctorado. Un año más tarde se incorpora con el carácter de “Investigador visitante” en la Universidad de Münster, Alemania (1990) en tiempos de la reunificación de la potencia germana.

Con los bríos juveniles de su época, volcó esfuerzos en continuidad con los títulos ya obtenidos, para adentrarse en el terreno de nuevos y más profundos conocimientos. Así, se interna en 1990 para realizar estudios de posdoctorado, en 1997 en el Instituto Internacional de Derechos Humanos - Ciudad de Estrasburgo (curso sobre Protección Internacional de los Derechos Humanos en Estrasburgo, Francia); en 1997 en el Instituto Internacional de Derechos Humanos - UNESCO (curso de formación práctica en la UNESCO. Asesor en el Proyecto de Declaración de los deberes de las generaciones presentes para con las futuras), como así también en la Universidad de La Coruña, de España, en 1999; en el año 2003 en la Universidad de Castellón de La Plana; y dos años más tarde en el Instituto Jurídico Interdisciplinario de la Facultad de Derecho de Porto (Portugal).

De regreso a la Argentina, desde 1993 se desempeñó en el cargo de Prosecretario Letrado, en la Corte Suprema de Justicia de la Nación hasta el año 1999, en que asciende a las funciones de Secretario Letrado del mismo Tribunal, estrados éstos que le permitieron acceder al más alto “miraje” de las controversias de índole constitucional que esa Corte resuelve en su triple condición de “cabeza visible del Poder Judicial”, de “tribunal de garantías constitucionales” y de “intérprete final de la Constitución”, tal como lo viene afirmando desde el lejano caso Sojo hasta los tiempos que vivimos el presente.

En otra perspectiva, Rabbi-Baldi tuvo oportunidad de acceder al observatorio brindado por el famoso Paraninfo de la Universidad Nacional del Litoral, cuando en un interregno del año 1994 se desempeñó como Asesor en la Convención Nacional Constituyente reunida en Santa Fe entre los meses de mayo y agosto; rica experiencia para él, *malgré* los múltiples desaciertos a los que se suman los flagrantes incumplimientos de cláusulas de ese texto que está próximo a cumplir dos décadas desde su sanción.

Una carrera tan fecunda y brillante prosigue desde el año 2009 hasta la fecha con la alta dignidad de Juez de la Cámara Federal con asiento en Salta –su terruño natal–, donde se desempeña con entusiasmo y sabiduría, que hacen pensar en un más promisorio futuro profesional. Ello es y será así, por cuanto el doctor Rabbi-Baldi Cabanillas reúne en su dotación de conocimientos adquiridos seria, sólida y científicamente, el dominio de la filosofía jurídica, juntamente con los aportes del método comparado y de su más profunda convicción iusnaturalista, todo lo cual lo vuelca sistemáticamente en su vocación por la enseñanza del Derecho como del mismo modo y con igual tesón en su mística labor por la justicia y, con los torrenciales despliegues constructivos de su pluma, en el plano de la literatura jurídica. Ya ha dado –a su joven edad– sobrados testimonios de la ofrenda que emana de una brillante personalidad, en la que también se nutre el cultivo perenne de esa virtud que es la noble amistad.

Hagamos ahora mención de su ininterrumpida carrera docente, jalonada en las más diversas cátedras del país y del exterior. Sólo puedo traer a colación algunas etapas de tan proficua actividad. Así, en 1991/2, se desempeña como Profesor Adjunto de Filosofía del Derecho, en el Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Navarra, España.

En 1993/4, como Profesor Asistente de Introducción al Derecho, en la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires.

En 1993, Profesor Visitante de Derechos Humanos, Universidad de Piura, Perú.

Entre 1994 y 1996, Profesor Ordinario (estable) de Metodología de la Investigación en Ciencias Sociales, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de Santa Fe.

Entre 1995 y 1997, Profesor Adjunto a/c de la Cátedra de Derechos Humanos, en la Universidad Austral, Buenos Aires.

De 1995 a 1998, Profesor Adjunto Interino de Teoría General y Filosofía del Derecho, en la Universidad de Buenos Aires.

Desde 1996 hasta el año 2000, Profesor Adjunto de Teoría del Derecho, en el Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Museo Social Argentino.

Durante 1997, se desempeñó como Profesor Visitante de Filosofía del Derecho, en el Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Santa Fe.

En 1998 y 1999, fue Profesor de Metodología de la Investigación Jurídica del Doctorado en Derecho en la Universidad Austral de Buenos Aires. Al mismo tiempo, fue Profesor Adjunto a/c de la Cátedra de Introducción al Derecho, en esa misma casa de estudios; en la que también de 1999 al 2001, ha sido Profesor Titular de Introducción al Derecho.

Entre el año 2001 y 2004 fue Profesor Contratado de Teoría del Derecho, en el Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Museo Social Argentino.

Asimismo, Profesor Asociado de “La Ciencia del Derecho”, en el Doctorado en Derecho de la Escuela de Graduados de la Universidad Argentina John Fitzgerald Kennedy.

En el 2007, fue Profesor de Interpretación Constitucional en el Curso sobre Jurisdicción Constitucional en el Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán.

En la actualidad, su foja de servicios catedráticos resulta abrumadora. Veamos –a vuelo de pájaro– en prieta síntesis:

- Desde 1998: Profesor Regular Adjunto (por concurso) de Teoría General y Filosofía del Derecho, Universidad de Buenos Aires.

- Desde 1999: Profesor Contratado de Interpretación Judicial, Escuela de la Magistratura, Poder Judicial de Salta.
- Desde 2003: Profesor Titular de Interpretación de la Ley, Maestría de Magistratura y Gestión Judicial, Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino, Tucumán y, desde 2004: Profesor Titular de Razonamiento y Discurso Jurídico, Maestría de Magistratura y Gestión Judicial, Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino de Tucumán.
- Desde 2006: Profesor de Problemática de la Interpretación Judicial, Maestría en Magistratura, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
- Desde 2006: Profesor Titular de Introducción al Derecho y Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Universidad Católica de Salta.
- Desde 2008: Profesor de la Maestría en Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
- Desde 2009: Profesor de “Teoría del Derecho”, Doctorado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
- Desde 2011: Profesor Titular de Introducción al Derecho (por concurso), Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de Salta.

¡Nos abruma!

Sus publicaciones también son cuantitativa y cualitativa-mente obras de alta consideración y valor. Es autor de ocho libros de honda penetración en los temas de la filosofía jurídica, como autor y coautor, tales como: *La filosofía jurídica de Michel Villey*, Eunsa, Pamplona, 1990, 609 páginas; *Los derechos individuales ante el interés general. Análisis de casos jurisprudenciales rele-*

vantes (coord.), Ábaco de R. Depalma, Buenos Aires, 261 páginas; *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico* (coord.), Ábaco de R. Depalma, Buenos Aires, 357 páginas; *Teoría del derecho* Ábaco de R. Depalma, Buenos Aires, 385 páginas; *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico* (coord.), Ábaco de R. Depalma, Buenos Aires, 2º edición, corregida, reestructurada y ampliada, 483 páginas; y en el año 2009 *Teoría del derecho*, Ábaco de R. Depalma, Buenos Aires, 2º edición, corregida y aumentada, 402 páginas, que recibió el Premio “Accésit” otorgado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2010, en el marco del Premio “Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires a la mejor obra sobre temas propios de las ciencias jurídicas y sociales, que será otorgado cada dos años”.

Sus medulosos artículos se cuentan por decenas y decenas, publicados en el país y en el exterior; resulta imposible mencionarlos en esta oportunidad, pero sí decir que son de suma calidad y penetrante agudeza conceptual.

Otro tanto puede decirse de sus medulosas notas bibliográficas; decenas de traducciones de obras en idioma francés y en el alemán, de importantes autores; como así también publicaciones en periódicos de relevancia. Todo ello no le ha quitado tiempo para intervenir como ponente o relator en medio centenar de Congresos jurídicos, Jornadas y Coloquios, como así también en decenas y decenas de Conferencias en tribunas de prestigio académico, como su discurso profesoral en la Colación de Grados del año 2008 en la Facultad de Derecho de la UBA.

La actividad polifacética de Renato lo presenta en lucidas actuaciones públicas que prueban su energía y dinamismo en los emprendimientos que hacen a su capacidad, vocación y dedicación. A título de ejemplo, mencionamos su presencia entre 1991 y

1992 como Secretario de la Revista “*Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*”, Pamplona, España; como Jurado y Tutor de diversas tesis de doctorandos; como Secretario de la “Sección de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos” de la Universidad Austral entre 1993 y 1995; entre 1996 y 1999 como Director de la Revista “*Anuario de Derecho*” de la Universidad Austral, Buenos Aires; entre 2005 y 2007 como Miembro titular en representación de los profesores adjuntos del Consejo Consultivo del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires; desde 1995 es Miembro del Comité Científico de la “*Revue Internationale de Philosophie Pénale et de Criminologie de l’Acte*”, Collection Constants et Prospective, París, Francia; como así también Miembro del Consejo de Redacción de la revista “*Ius publicum*”, en la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás, de Santiago de Chile.

Desde 2010, Miembro del Consejo Científico de Revista da Faculdade de Direito ASCES, Caurau, Pernambuco, Brasil; Miembro Titular del Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales en la Región Noroeste de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; Coordinador por la Universidad de Buenos Aires de la Maestría en Magistratura que se dicta en la Universidad Católica de Salta; Miembro del Consejo de Doctores del Ateneo de Derecho y Ciencias Sociales de la Escuela del Ministerio Público de Salta; y Miembro del Consejo Editorial de la “Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta”.

El tiempo de esta sesión pública de la Academia pertenece al recipiendario, lo que me obliga a rematar estas resumidas menciones de su rica trayectoria, subrayando que desde 1991 pertenece a la Asociación Española de Filosofía Jurídica y Social (IVR) y –a mayor abundamiento– que desde 1996 es Miembro de la Sección “Teoría General” de la Asociación Argentina de Derecho Compa-

rado, entidad de gran prestigio desde su ya lejana creación en los años siguientes al término de la Segunda Guerra Mundial. Desde 1998 forma parte de la Asociación Argentina de Filosofía Jurídica y Social (IVR).

No queda espacio para enunciar las distinciones recibidas; pero ello no me exime de mencionar que entre esos honores se cuenta la “Comenda Tobias Barreto”, en la Categoría Alta Distinguido da Cultura Jurídica, por el Instituto Brasileiro de Estudos do Direito, de Recife, el 14 de mayo de 2009; y que en merecido reconocimiento le ha sido otorgado el premio Jérôme Lejeune, Concedido al Dr. Renato Rabbi-Baldi Cabanillas por su defensa de la vida.

Señoras y señores: muchas más menciones podría añadir. Son otras muchas voces y otras letras las que han rubricado los méritos académicos de Rabbi-Baldi Cabanillas. Se trata de reseñas sobre sus aportes, tales como las alusivas a su cuidadoso examen de la filosofía de Michel Villey, sobre la cual testimonia en autores de la talla de Ferreira da Cunha, en la Revista Portuguesa de Filosofía do Direito e do Estado, Lisboa, Portugal, 1989, 8, pp. 91-94; de Wayar, Ernesto C., “Rabbi-Baldi Cabanillas y una importante contribución a la ciencia jurídica”, Pregón, S.A. de Jujuy, 11/11/90, p. 4; de Xavier Daverat, Archives de Philosophie du Droit, Sirey, Paris, 36, 1991, pp. 347-348; de Pennasilico, Mauro, Rivista Internazionale di filosofia del diritto, Giuffrè, Milan, 1991, 1, pp. 206-207; de Joaquín García Huidobro, Revista de Derecho Público, Santiago, Chile, 55/56, ene-dic 1994, pp. 234-237, entre otros.

Sobre los derechos individuales ante el interés general, ha sido citado por Juan Cianciardo, en Persona y Derecho, Pamplona, España, 39, 1998, pp. 393-398; y en numerosos trabajos ulteriores, en el derecho argentino y comparado. Con referencia al tema de las razones del derecho natural, autores de la jerarquía del ex Rector Olsen Ghirardi en “Anales de la Academia de Derecho y

Ciencias Sociales de Córdoba” Córdoba, Argentina, 2000, II, pp. 697-698; y muchos otros.

El nuevo Académico Correspondiente es, pues, vastamente conocido en nuestro medio y más allá de las fronteras nacionales. Es para la actualidad el equivalente a los doctores “*in utroque jure*” (en ambos derechos: civil y canónico) que recibían el reconocimiento lisa y llanamente por sus dotes “*a chiara fama*”. Para muestra es suficiente un par de “perlas”, como tener en cuenta su rol de Investigador Visitante en la Lehrstuhl für Rechtssoziologie, Rechts- und Sozialphilosophie y en el Philosophisches Seminar, Westfälische Wilhelms-Universität Münster, Alemania sobre “Aspectos filosófico-jurídicos de la interpretación jurídica” (años 1990 y 1991).

Y años después, en calidad de participante en el Institut International des Droits de l’Homme en la “28ª Sesión de Enseñanza” sobre Protección Internacional de los Derechos Humanos, en Estrasburgo, Francia (1997).

En toda la producción de Rabbi-Baldi está presente la noción de Justicia, haciendo suya la tragedia de la “injusticia extrema” a la que aludía Radbruch; y asumiendo la advertencia de Ihering: “quien no haya experimentado en sí mismo o en otro este dolor no sabe lo que es el derecho aunque tenga en su cabeza todo el *Corpus Iuris*” (sic). En los últimos tiempos, nuestro novel académico se ha ocupado del resbaladizo tema de la “eficacia” de las sentencias de la Corte Suprema frente a decisiones internacionales, cuestión ésta por demás espinosa.

Por último, como cierre de estas fraternales palabras de presentación, no quiero omitir las emociones que impulsan a Luis Renato en su afán de permanente superación: él mismo confiesa que esa fuerza motivante proviene del *élan vital* (impulso vital), que el núcleo familiar le suministra con el amor y el aliento cotidiano. Ya lo señaló en las primeras ediciones de su premiada obra

“*Teoría del Derecho*” y lo reitera en la 3^o edición –la más reciente–, cuyo proemio concluye así: “no debo concluir estas líneas sin dejar sentado mi inconmensurable deuda de gratitud con Denise, quien en todo momento facilitó y, lo que reputo todavía más decisivo, alentó esta revisión integral del trabajo. Si este, en su primera edición, estuvo dedicado a ella, dicha ofrenda ha devenido aun más justificada con el paso de estos años, los que me prodigaron sus lúcidos consejos e incondicional acompañamiento, además de los afanes y placeres compartidos en los cuidados de los otros retoños (Iona y Eloísa), que llegaron para acompañar a Iñaki, y que colman nuestras vidas”.

Las palabras conmueven. Sea bienvenido el nuevo Académico Correspondiente, cuyos sentimientos van unidos al rigor de su ilustrado pensamiento.

UNIVERSALISMO VS. MULTICULTURALISMO EN LA ENCRUCIJADA CONTEMPORÁNEA DE LOS DERECHOS HUMANOS

ALGUNOS EJEMPLOS HISTÓRICOS Y RECIENTES DE LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

Por el académico correspondiente
Dr. RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS

*“La parole entre dans la foule. Bernis n’entend plus la parole,
mais quelque chose qui est en elle et quire vient comme un
motif... J’ en fera une chose humaine”¹*

Introducción

A diario, tomamos conocimiento acerca de la existencia de niñas vendidas por sus padres para pagar deudas de diverso origen; que los matrimonios de una de cada tres mujeres que hoy alcanzan entre 20 y 24 años fue acordado cuando eran niñas; que extensas regiones practican diversas modalidades de mutilación de

¹ Antoine de Saint-Exupéry, *Courrier Sud*, Gallimard, 1948, 103º, p. 132.

los órganos genitales externos femeninos así como la circuncisión ritual infantil entre hombres y que, en ciertos países, la denominada “justicia comunitaria” justifica la práctica de la amputación de un dedo al ladrón; la castración química al violador o la violación a quien tolera una relación íntima ilícita por parte de los parientes de la víctima. Asimismo, el ejercicio de la libertad de las conciencias resulta fuertemente controvertido, como se advierte del debate por el empleo de símbolos religiosos en establecimientos públicos; profanaciones de cementerios y de templos de diversas religiones; persecuciones de feligreses, u homicidios individuales o masivos a aquellos. La vida también es puesta en cuestión por otros motivos: en ciertos países, el linchamiento es una antigua práctica que reemplaza a la justicia como modo de resolución de conflictos; en otros, el adulterio de las mujeres es penado con la lapidación; algunas naciones practican la pena capital, en ciertos casos aún respecto de personas con leve retardo mental; en determinadas regiones, las disputas en torno del origen de la vida suscita lacerantes debates. De igual modo, las tensiones entre grupos étnicos por múltiples razones transita desde la expresa decisión de no vincularse ente sí, a actos de violencia, homicidios y, en casos extremos, genocidios.

El sucinto detalle precedente que, como es obvio, no es novedoso ni, mucho menos, ajeno en mayor o menor medida a nuestro país, plantea la compleja dialéctica conocida como “universalismo-multiculturalismo”. Ésta sintetiza la pretensión, de un lado, de que existen (o de que existirían) principios que son comunes al ser humano más allá del tiempo y del espacio y que todos reconocen o estarían en condiciones de reconocer y, de otro, que nada de esa comunidad es advertible sino que, por el contrario, que cada pueblo ostenta su propia “cultura”, sin puntos de contacto con los criterios de otras sociedades y sin que quepa emitir valoración respecto de esa particular cosmovisión, básicamente porque dicho juicio es impertinente, en tanto nada ni nadie pueden establecer

la bondad o maldad de cada práctica en particular. La pregunta de fondo cabe formularla como lo hace Tzvetan Todorov, en un ensayo ya clásico: “¿existen valores universales y, en consecuencia, la posibilidad de llevar los juicios más allá de las fronteras, o bien, todos los valores son relativos (de un lugar, de un momento de la historia, incluso de la identidad de los individuos)? Y, en el caso en que se admitiera la existencia de una escala de valores universal, ¿cuál es su extensión, qué abarca, qué excluye? El problema de la unidad y la diversidad se convierte, en este caso, en el de lo universal y lo relativo”².

El tópico suscitó la atención de sedes científicas diversas, como se verá en lo que sigue, luego de lo cual ofreceré tres ejemplos jurisprudenciales de su repercusión en nuestro país.

Los términos del debate

Una de las miradas filosóficas bajo las que se asume el asunto ha sido el par “cognotivismo-no cognotivismo”. Así las cosas, quien admite una aproximación cognotivista confía en que es posible entender la razón última y no meramente fenoménica de las cosas que, en lo que aquí interesa, alude a una formulación inexcusable y universal, cuanto menos en sus presupuestos más elementales, de los derechos humanos³. Por el contrario, como escribe Carlos S. Nino, el no cognotivismo rechaza “la posibilidad de identificar un sistema normativo justo y universalmente válido (llámese derecho natural o moral ideal)” sea porque “tal sistema

² Todorov, Tzvetan, *Nosotros y los otros. Reflexión sobre la diversidad humana*, Siglo XXI, Madrid, 2010 (del francés por M. Mur Ubarsat), p. 21.

³ Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, *Teoría del Derecho*, Ábaco, Buenos Aires, 3º, 2013, esp. pp. 118-121.

no existe”, en cuyo caso se está ante el “escepticismo ontológico”, sea porque “no es accesible a la razón”, en cuyo caso se adhiere al “escepticismo gnoseológico”⁴. Se advierte, entonces, que la tensión bajo examen tiene una importancia relevante en lo concerniente al examen de las maneras –aún básicas– del obrar humano, pues o bien aquellas resultan objeto de estudio y de crítica (esto es, de valoración), o bien esto último resulta inviable con sustento en un escepticismo que invalida tal tipo de empresa.

Esta disputa ha tenido, en el campo de la filosofía jurídica, un correlato preciso en las clásicas tesis del positivismo jurídico y, como anticipaba Nino, del derecho natural. Así, a partir de la conocida caracterización expuesta por von Wright como típica del positivismo jurídico: “1. Todo derecho es positivo (creado por los hombres); 2. Distinción tajante entre proposiciones descriptivas y prescriptivas (ser y deber) y 3. La concepción no cognoscitiva de las normas, que no pueden ser verdaderas ni falsas”, Eugenio Bulygin, conocido representante del positivismo analítico, expresa que esas “tesis implican que no puede haber normas verdaderas ni falsas (ni jurídicas, ni morales) y por consiguiente no hay derecho natural. Si esto es considerado como escepticismo ético, entonces este último es una característica definitoria del positivismo jurídico...”⁵. A su vez, Robert Alexy, encumbrado propulsor del, como suele denominarse ahora, “no positivismo”, tras señalar que existe un “escepticismo radical”, el que se estructura “a través de la negación básica de la fundamentabilidad de las normas morales” y que “puede tener sus raíces en las formas del emotivismo, del decisionismo, del subjetivismo, del relativismo, del naturalismo o del desconstruccionismo”, defiende un “no escepticismo”, el que “sostiene que es posible aducir fundamentos para los derechos humanos que pueden formular una pretensión de objetividad, correc-

⁴ Cfr. Bulygin, Eugenio, “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, en *Doxa*, 4, Alicante, 1987, p. 83.

⁵ *Ibíd.*, p. 83.

ción o verdad”, ilustrando dicha tesis con los conocidos juicios seguidos contra las autoridades de los regímenes nacional-socialista y comunista de la antigua República Democrática de Alemania⁶. En su opinión, dichos juicios, para seguir la conocida expresión de Radbruch, plantearon la cuestión de la “injusticia extrema”, para la cual resulta posible valorar tal circunstancia y extraer de ella precisas consecuencias, tal la de afirmar que el ordenamiento jurídico que la engendró “no es derecho”⁷. Sobre tales bases, el catedrático emérito de la Universidad de Kiel señala que tales juicios son “juicios verdaderos. Ellos son susceptibles de una fundamentación racional y tienen un carácter cognitivo y objetivo”⁸.

Pienso que cabe admitir la universalidad de tales derechos a condición de no desenraizarlos de los entornos en los que los hombres se desenvuelven. Examinemos ambas proposiciones.

La primera: ¿cuál es ese núcleo que podemos reconocer en todos, de modo de asumirnos como estructuralmente iguales? La pregunta inquieta y con frecuencia se ha ensayado una respuesta desde lo negativo que juzgo acertada en orden a elaborar acuerdos que no se denuncien cada día, sino que se consoliden de modo duradero. Una reflexión de Jürgen Habermas, catedrático emérito de la Universidad de Frankfurt am Main, ilustra lo expuesto: “cada vez que un solicitante de asilo es deportado en un aeropuerto a puertas cerradas, cada vez que un barco que lleva refugiados que escapan de la pobreza se vuelca en el cruce entre Libia y la isla italiana de Lampedusa, o cada vez que se dispara una bala en la cerca que divide la frontera con México, los ciudadanos de las naciones occidentales desarrolladas enfrentamos una cuestión

⁶ Alexy, Robert, “¿Derechos humanos sin metafísica?” (del alemán por R. Sodero), *Ideas y Derecho*, Asociación Argentina de Filosofía Jurídica y Social, 6, 2008, p. 14.

⁷ Cfr., por todos, Alexy, “Una defensa de la fórmula Radbruch” (del alemán por José A. Seoane), en Vigo, Rodolfo Luis, *La injusticia extrema no es derecho*, La Ley, Buenos Aires, 2004, pp. 227 ss.

⁸ Alexy, “Mauerschützen. Acerca de la relación entre derecho, moral y punibilidad” (del alemán por E. Sodero), en Vigo, nota 6, p. 183.

inquietante. La primera declaración de los derechos humanos estableció un estándar que inspira a los refugiados, a todos los que han sido forzados a vivir en la miseria, a los que han sido excluido y humillados; es un estándar que afirma que esos sufrimientos no son un destino natural. Con la traducción del primer derecho humano en derecho positivo surgió el *deber legal* de cumplir con requerimientos morales rigurosos, y esto es algo que ha quedado grabado en la memoria colectiva de la humanidad”⁹. Los ejemplos contemporáneos recién mencionados pueden multiplicarse a partir de una veloz mirada a la historia (pasajes de la Biblia y del Nuevo Testamento, o páginas de Sófocles; Cicerón; Francisco de Vitoria; Rudolf v. Ihering; Ernst Bloch; Salvatore Amato, entre tantos otros), lo que entraña una constante preocupación –precisamente más allá de lo que pueda expresar todo texto positivo–, por la figura del excluido, del humillado, del insignificante como imaginario que nos vincula y que plantea el punto 0 desde el cual pensar los derechos fundamentales de todos y de cada uno de nosotros.

A su vez, la segunda –la necesidad de no desenraizar tales derechos de la historia–, viene avalada por la recién aludida por Alexy “posibilidad” de fundar proposiciones objetivas, la cual habla de un camino a recorrer, no de una instancia ya concluida. Se trata de un matiz de la mayor importancia, pues esos derechos no se aprecian en abstracto, sino en precisas circunstancias de tiempo y lugar, por lo que operan en el marco de grupos diversos, dando lugar, para decirlo gadamerianamente, a “conexiones traditivas” de sentido de singular riqueza y relieves propios¹⁰.

⁹ Habermas, Jürgen, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Diánoia*, LV, 64, mayo 2010 (del alemán por J. Aguirre Román, revisión por E. Mendieta y M. Herrera), p. 19 (el énfasis es del original).

¹⁰ Cfr. Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001 (del alemán por M. Rodríguez Molinero), esp. pp. 197-198. Para Gadamer, es fundamental *Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Sígueme, Salamanca, 1996, 6^o (del alemán por A. Agud Aparicio y R. de Agapito), pp. 360 ss. Una síntesis de lo que aquí se señala, con ejemplos jurisprudenciales, puede leerse en Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, “Un análisis hermenéutico de la comprensión jurídica”, en Vigo, Rodolfo L. (coord.), *Interpretación y Argumentación*

Este aspecto que reputo crucial y que parece haber sido desconsiderado, como se verá más abajo, por las variadas presentaciones del racionalismo que se abre camino con la modernidad, se erige en una de las notas más características de la referida tradición del derecho natural. Así, su teórico más relevante –Aristóteles– se ocupó en cada intersticio de su obra de recordar, como se lee en un párrafo memorable, que si bien hay “una justicia natural”, sin embargo, “toda justicia es variable”, justamente porque la historicidad humana obliga a matices y excepciones, lo cual no empece a que resulte posible discernir “cuál de entre las cosas que pueden ser de otra manera es natural y cuál no es natural, sino legal o convencional”¹¹. Contemporáneamente, Robert P. George, catedrático de la Universidad de Princeton, señala que “para la tradición del derecho natural, la obligación de una autoridad internacional de respetar la autonomía cultural y por lo tanto de permitir la diversidad cultural, está basada en el principio de subsidiaridad y en la diversidad de bienes comunes básicos y de los modos razonables en los que los individuos concretan esos bienes en sus vidas. La teoría contemporánea del derecho natural reconoce que culturas dramáticamente diferentes pueden proveer a la gente de los recursos que necesitan para vivir vidas plenas y moralmente honestas. Este reconocimiento es perfectamente compatible con el histórico rechazo del relativismo cultural por la tradición del derecho natural (...) la que rechaza la idea de que debamos escoger entre el chauvinismo y el relativismo culturales”¹².

En efecto; el universalismo recién esbozado debe ser distinguido de otro, característico de la modernidad y, por lo mismo,

jurídica: perspectivas y problemas actuales, Jurisprudencia Argentina, Número Especial, Buenos Aires, 2009-III, pp. 74-79 (reproducido en Alarcón Cabrera, C./Vigo, Rodolfo L., *Interpretación y argumentación jurídica. Problemas y perspectivas actuales*, Marcial Pons, Buenos Aires, Madrid, Barcelona, 2011, pp. 355-364.

¹¹ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 1134 b 18-32.

¹² George, Robert P., “Natural law and international order”, en *In defense of natural law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 242.

acaso más divulgado, y al que Todorov caracteriza tanto bajo un prisma *etnocentrista* cuanto *relativista*.

El primero “consiste en el hecho de elevar, indebidamente, a la categoría de universales los valores de la sociedad a la que yo pertenezco”¹³, de donde el “otro” no se halla en condiciones de aportarme nada y, consecuentemente, no es digno de respeto alguno. Así, planteado, el etnocentrismo, cancela todo diálogo en tanto, como expresa Del Percio, no requiere escuchar y, por tanto, no precisa abrirse para arriesgar un entendimiento de los demás y, a la postre, de sí mismo¹⁴. En esta línea, un elocuente fragmento de La Bruyère permite a Todorov ilustrar este punto: “‘Con una lengua tan pura, un refinamiento tan grande en nuestra vestimenta, costumbres tan cultivadas, leyes tan bellas y una cara blanca, para algunos pueblos somos bárbaros’. No sólo está convencido de que nuestras leyes son bellas, nuestras costumbres refinadas y nuestro lenguaje puro (...) cree además que la blancura del rostro es prueba de no barbarie. ¡He aquí una idea bien bárbara! Aun cuando supiéramos que la frase de La Bruyère fuese irónica, la concatenación de los argumentos no deja de ser inquietante”¹⁵.

Para este autor, una variante del etnocentrismo es la perspectiva “cientificista”, que también entraña ejemplos paradigmáticos. En esa línea, exhuma un folleto publicado en 1800 bajo el elocuente título de *Société des observateurs de l'homme*, debido a Joseph-Marie de Gérandoen el que postula que “la ciencia del hombre es también una ciencia natural, una ciencia de observación, la más noble de todas”, por lo que invita a trasplantar al “salvaje”, poseedor de escasas “ideas abstractas” y “pobres” idiomas,

¹³ Todorov, nota 1, p. 21.

¹⁴ Del Percio, Enrique, *Individuo, Sociedad e Instituciones. La fraternidad como principio relacional jurídico y político*, Investigación Posdoctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, marzo 2103, *pro manuscrito* cedido generosamente por el autor, *passim*.

¹⁵ Todorov, nota 1, p. 26

a París para examinarlo con mejor detalle y más comodidad¹⁶. De lo dicho, no es difícil concluir, como lo ha experimentado la historia y lo contempla todavía ahora a través de tantos ejemplos trágicos, que “la inclusión de la ciencia del hombre entre las ciencias de la naturaleza, implica la inmediata reducción del ser humano a la condición de objeto”¹⁷.

La otra derivación, rigurosamente lógica, de este tipo de universalismo, es el relativismo. Todorov repara en que “el relativismo consecuente renuncia a la unidad de la especie humana lo cual es un postulado aún más peligroso que el etnocentrismo ingenuo de algunos colonizadores. La ausencia de unidad permite la exclusión, la cual puede llevar al exterminio. Por añadidura, el relativista, incluso el moderado, no puede denunciar ninguna injusticia (...) por temor a que éstas formen parte de una tradición cualquiera, distinta a la suya: ni la excisión, ni los sacrificios humanos, merecen ser reprobados; por lo tanto, se podría decir que los propios campos de concentración pertenecen, en un momento dado de la historia rusa o alemana, a la tradición nacional. La situación no es mucho mejor en el caso de esas formas particulares del relativismo que son el nacionalismo y el exotismo”¹⁸.

Sin abandonar todavía la perspectiva filosófica, recordaré la disputa entre “liberales” (o “singularistas”) y “comunitaristas”. Unos de los principales representantes de la primera corriente, el antiguo profesor de Harvard, John Rawls¹⁹, considera que “los de-

¹⁶ *Ibíd.*, pp. 38 y 28.

¹⁷ *Ibíd.*, p. 38. Otra de las tantas variantes del “cientificismo” han sido las políticas eugenésicas, como he procurado mostrarlo en mi *Teoría del Derecho*, Ábaco, Buenos Aires, 2013, 3º, pp. 140-143 y, de manera más amplia, en “El aborto no punible en Argentina: consideraciones sobre el sentido de la norma permisiva y prospectiva desde una filosofía del derecho constitucional a partir del caso ‘F.’ de la Corte Suprema”, en *Pensar en Derecho*, n° 0, año 1, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, pp. 331-378.

¹⁸ *Ibíd.*, p. 437.

¹⁹ En relación con este autor, como expresa Massini Correas, Carlos I., “Liberalismo, comunitarismo, realismo. En busca de la tercera vía”, *Sapientia*, 2001, vol. LXV, Buenos Aires, p. 555, el

rechos humanos constituyen una clase especial de derechos que se explica por su función en una concepción liberal del derecho de los pueblos aceptable para las sociedades bien ordenadas, tanto liberales como jerárquicas”. Sus funciones son: 1) ser una “condición necesaria de la legitimidad del régimen y de la decencia de su orden jurídico”; 2) si “operan correctamente, resultan suficientes para excluir la justificada intervención de otros pueblos” y 3) y relevante a los fines de este papel, “*fijan un límite al pluralismo entre los pueblos*”²⁰. A la luz de lo expuesto, resulta interesante puntualizar que ante la objeción “de que proceder así es etnocéntrico o simplemente occidental” su respuesta es casi una confesión en sentido contrario: “no, no necesariamente”²¹.

En esa línea, a partir de lo expuesto por el antiguo catedrático de Harvard, Richard Rorty, también profesor, como George, en Princeton, profundiza este punto de vista al distinguir netamente entre lo que él denomina “el pluralismo estadounidense tradicional y el nuevo movimiento denominado multiculturalismo”. A su juicio, “El pluralismo es el intento de hacer de Estados Unidos lo que el filósofo John Rawls llama ‘una unión social de uniones sociales’, una comunidad de comunidades, una nación con mucha más cabida para la diferencia que casi todas las demás. *El multiculturalismo se está convirtiendo en el intento de mantener a estas comunidades enfrentadas entre sí*”²².

Tomo un último ejemplo: el citado Habermas. Si bien éste no alude expresamente a la disputa bajo examen tiene presente, al igual que los anteriores, una base infranqueable que conlleva a ex-

comunista Michael Sandel le achaca que su noción de sujeto está “desvinculada”, “independiente” o “liberada” (*unencumbered*) de su entorno social.

²⁰ Rawls, John, *The law of peoples with the idea of public reason revisited*, Harvard Univ. Press, Cambridge, Massachusetts, 1999, pp. 554-555.

²¹ *Ibíd.*, pp. 560-562 (el énfasis es mío).

²² Rorty, Richard, “La academia antipatriótica”, en Nussbaum, M., Rorty, R., Ruscuni, G., *Cosmopolitas o patriotas*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1997 (subrayado añadido).

cluir de la comunidad libre de argumentación que propicia como modelo de organización social a todo aquello que no coincida con los presupuestos de su planteamiento: “después de doscientos años de historia constitucional moderna, poseemos ya un mejor entendimiento de lo que distinguió este desarrollo desde sus inicios: *la dignidad humana configura el portal a través del cual el sustrato igualitario y universalista de la moral se traslada al ámbito del derecho*”, de modo que al conectar “la moral del respeto igualitario de toda persona con el *derecho* positivo y el proceso de legislación democrático (...) su interacción puede dar origen a un orden político fundado en los derechos humanos”²³. En esta concepción, impregnada de Kant, “la libertad consiste en la capacidad de legislar para uno mismo (autolegislación) y de obedecer leyes *razonables* que reflejen valores e intereses *generalizables*”²⁴.

Ahora bien, aun cuando entre los representantes de la tradición liberal existen intentos de defensa del multiculturalismo, en rigor, ellos terminan desvaneciéndose. Es el caso del profesor de Oxford, Joseph Raz, para quien su defensa del multiculturalismo se funda, por un lado, en que las distintas culturas son “precondición y factor que da forma y contenido a la libertad individual” –argumento en cierto modo defendido por el iusnaturalismo, según se vio y, como se observará en seguida, también por el comunitarismo–, ya que “sólo a través de su socialización en una cultura puede uno escoger las opciones que dan sentido a la vida”²⁵ y, por otro, en la idea de la inevitabilidad del pluralismo cultural, según la cual –argumento decididamente relativista–, “cada una de las culturas es valorable. Cada una de ellas puede ser promovida en un modo consistente con su propio espíritu y sus propios recursos.

²³ Habermas, nota 8, p. 10 (énfasis del original).

²⁴ *Ibíd.*, p. 15 (el subrayado se ha añadido).

²⁵ Raz, Joseph, “Multiculturalism: a liberal perspective”, en *Ethics in the public domain. Essays in the morality of law and politics*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 177.

Pero ninguna de ellas puede ser juzgada superior a las demás”²⁶. Sin embargo, de inmediato matiza su proposición al extremo de tornarla inoperante: “yo no querría negar que ciertas culturas, o aspectos de ciertas culturas, son inaceptables, y no deberían beneficiarse de la actitud positiva hacia la pluralidad de culturas que defiende el multiculturalismo (...). *Culturas de ese tipo –concluye– deben ser respaldadas sólo en la medida en que es posible neutralizar sus aspectos opresivos*”²⁷. ¿Cuándo se está ante una cultura “opresiva”? No es difícil inferir la respuesta que proporciona el liberalismo: siempre que se viole el ejercicio de la libertad individual de sus miembros, pues ello está en directa contradicción con sus bases filosóficas. De lo expuesto, se concluye que la matización de Raz, en verdad, lo conduce de regreso al *prius* del que parte la tradición liberal: un modelo procedimental ampliamente participativo y respetuoso de las decisiones de sus integrantes, lo cual, como es obvio, requiere de ciertas precondiciones que solo suministran las democracias occidentales contemporáneas. Si esta observación es plausible, entonces es cierta la crítica al liberalismo que, como se verá de inmediato, formula el citado comunitarista y también profesor en Princeton, Michael Walzer al considerar que con el referido planteamiento se está no ya ante la manifestación de un “minimalismo” moral sino, por el contrario, de una moral “densa”, rica en contenidos que, paradójicamente, se han configurado en el seno de una comunidad: la Occidental...

Observemos ahora algunas notas del planteamiento comunitarista. Me serviré, fundamentalmente, de algunas ideas que expone el citado Walzer en *Moralidad en el ámbito local e internacional*, en el que observa que “los conceptos morales tienen significados mínimos y máximos”, de modo que “podemos ofrecer descrip-

²⁶ *Ibíd.*, p. 183.

²⁷ *Ibíd.*, p. 184.

ciones de los mismos en términos tenues o densos”²⁸. Estos últimos son los que entretejen los habitantes de una comunidad desde el fondo de sus historias: “la moral es densa desde el principio, culturalmente integrada, completamente significativa”²⁹. Se está, pues, ante el “particularismo”. A su vez, los primeros son los que permiten interactuar con extraños; personas procedentes de otras culturas con las cuales, empero, cabe hallar y compartir comunes denominadores. Es la “moral tenue”, el “universalismo”. Ahora bien, esta última moral no es de segundo orden, sino que, por el contrario, está “cerca del núcleo” (*closeto the bone*)³⁰, por lo que no es neutral, sino crítica. Las imágenes por TV de manifestantes en Praga, en 1989, reclamando “justicia” le permite a Walzer ejemplificar lo dicho. Existe un entendimiento común respecto de esa demanda (“moral tenue”), aunque es seguro que el contenido detallado de esa noción difiera no solo entre él (norteamericano) y los manifestantes (checos), sino incluso entre éstos últimos (“moral densa”)³¹. Si bien se ha objetado que esta perspectiva se deslizaría al relativismo³², encuentro reservas en subscribir tal afirmación si se pondera el vínculo que se establecen entre ambas morales. En su opinión, “cualquiera sea el origen de la idea de justicia, o cualquiera sean los argumentos en que se basa una u otra sociedad, quienes hablan de justicia terminarán encontrándose en un terreno común y concentrándose en puntos similares, tales como

²⁸ Walzer, Michael, *Moralidad en el ámbito local e internacional*, Alianza Editorial, Madrid, 1996 (del inglés y con estudio introductorio de R. del Águila), p. 35. Para una pertinente síntesis y crítica del pensamiento de este autor, cfr. Solís-Caro Figueroa, Lucía, *La tolerancia en Michael Walzer y John Rawls*, tesis de maestría defendida en noviembre de 2007, Facultad de Humanidades, Universidad Nacional de Salta, *pro manuscrito* cedido gentilmente por la autora, esp. caps. 2 y 5.

²⁹ *Ibíd.*, p. 37.

³⁰ *Ibíd.*, p. 38.

³¹ Cfr. *ibíd.*, pp. 42-43.

³² Al respecto, cfr. Massini Correas, nota 18, esp. p. 556.

la tiranía política o la opresión a los pobres”³³. ¿Por qué ocurre lo expuesto? Para el autor que aquí se sigue, “porque el minimalismo no es objetivo ni inexpresivo. Es reiterativamente particularista y localmente significativo, íntimamente ligado con las moralidades máximas creadas aquí y allá, en lugares y tiempos específicos”³⁴. Y esta conclusión me conduce al centro de la discusión con los “singularistas”, esto es, con quienes, como Habermas, postulan un “minimalismo moral” en términos procedimentales. Para Walzer, dicho mínimo (por ejemplo, “asegurar que los hablantes son libres e iguales”), como se anticipó, en verdad está suponiendo, nada menos, que “de una democracia radical de sujetos articulados en la que, hombres y mujeres, argumenten sin fin sobre, digamos, cuestiones sustantivas de justicia”³⁵. De ahí que, en rigor, “la moralidad tenue es ya bastante densa”, de donde los liberales “son maximalistas incluso antes de empezar sus discusiones dialógicamente reguladas”³⁶. ¿De qué tipo de “densidad” se está hablando? Como parece obvio, “la moralidad mínima prescripta por estas teorías es simplemente una forma abstraída, y no muy lejana, de la cultura democrática contemporánea” practicada en Occidente³⁷.

Vuelve a escena, pues, la objeción etnocéntrica que Rawls, según se vio, no pudo o no quiso contestar. Acaso ese desdén por dar una respuesta al punto ejemplifique la confianza liberal de que no existiría otra vía de entendimiento intersubjetivo que el modelo procedimental por ellos propiciado. Y es probable que el comunitarismo, al final del camino, no ofrezca una receta diversa.

³³ Walzer, nota 27, p. 38. Cfr., asimismo, p. 41, en la que se lee: “los miembros de todas las diferentes sociedades, *porque son seres humanos*, pueden reconocerse unos a otros y a sus peculiares maneras, responder a las mutuas peticiones de ayuda, aprender los unos de los otros, y manifestarse (a veces) los unos en las manifestaciones de los otros” (énfasis añadido).

³⁴ *Ibíd.*, p. 40.

³⁵ *Ibíd.*, p. 44.

³⁶ *Ibíd.*, p. 45.

³⁷ *Ibíd.*, loc. cit.

Con todo, los argumentos de esta última perspectiva pueden lucir mejor fundados porque no tienen la pretensión de presentar su pensamiento como ejemplo de un minimalismo moral en verdad henchido de una densa tradición histórica. Y en esta encrucijada, la tradición iusnaturalista de la razón práctica parece evadir ciertas tensiones de la insoluble dialéctica singularista-particularista: en efecto, para esta postura, que esa urdimbre de contenidos que desde la modernidad se conocen como derechos humanos se hayan tematizado de modo prevalente en Occidente, ni los hace “occidentales” (como se le reprocha, negativamente, fuera de ese ámbito geográfico-cultural o como lo asumen, positivamente, algunos –v. gr. el liberalismo–); ni, tampoco, los abstrae de la realidad (como advierten bien los comunitarismos en contra de las tesis “singularistas”). Es que la historia registraría que existe una universalidad dentro de las particularidades espacio-temporales que recorre la humanidad.

Ingresando en el plano jurídico, me referiré ahora al intenso debate que convoca la tensión entre los posibles modos de optimización de los principios rectores del sistema. Frecuentado inicialmente por los constitucionales pero, en verdad, el lugar por antonomasia de la reflexión jurídica actual, se origina en la dificultad de armonizar en sociedades fragmentadas como la nuestra, derechos constitucionales competitivos de análogo rango: por ejemplo, el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de expresión; el derecho a la vida de los embriones y el derecho a la maternidad; el derecho a la objeción de conciencia por razones religiosas y el derecho a la vida cuando existen hijos menores a cargo, etc.). Al respecto, encuentro sugerentes los planteamientos del profesor de Turín, Gustavo Zagrebelsky y del antiguo catedrático de Marburg, Peter Häberle.

Escribe el primero que “las sociedades pluralistas actuales” se caracterizan “por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes, pero sin que

ninguno tenga fuerza suficiente para hacerse exclusivo o dominante (...), esto es sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, confieren a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, sino de *realizar las condiciones de posibilidad de la misma*³⁸. Y añade: “El imperativo teórico de no contradicción –válido para la *scientia juris*– no debería obstaculizar la actividad propia de la *jurisprudencia* de intentar realizar positivamente la ‘concordancia práctica’ de las diversidades (...) ‘Positivamente’: no, por tanto, mediante la simple amputación de las potencialidades constitucionales sino principalmente mediante prudentes soluciones acumulativas, combinatorias, compensatorias, que *conduzcan a los principios constitucionales a un desenvolvimiento conjunto y no a una declinación conjunta*”³⁹.

A su vez, el segundo plantea la conveniencia de estructurar un “pensamiento en alternativas”, el cual “debe estar abierto para terceras, cuartas posibilidades, así como para compromisos. Pensamiento de lo posible (*Möglichkeitsdenken*) es pensamiento indagativo (*fragen des Denken*)”. A su juicio, “la realidad de hoy puede corregir a la de ayer, especialmente en la adaptación a las necesidades del tiempo de una visión normativa, sin que se considere a lo nuevo como lo mejor”⁴⁰. Por ello, el “pensamiento jurídico de lo posible” es “presupuesto y límite para una interpretación constitucional abierta”, en la que el texto constitucional no es visto como una norma acabada, sino como un “proyecto” (*Entwurf*)⁴¹.

De las ideas precedentemente transcriptas (sociedades pluralistas; pensamiento de lo posible; constitución como proyecto;

³⁸ Zagrebelski, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 3º, 1999, p. 13 (del italiano por M. Gascón) (el subrayado no corresponde al original).

³⁹ *Ibíd.*, p. 16 (énfasis añadido).

⁴⁰ Häberle, Peter, “Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken”, en *Die Verfassung des Pluralismus*, Kögnstein/TS, 1980, p. 3.

⁴¹ *Ibíd.*, pp. 9 y 4.

constitución como condición de posibilidad de una vida en común), parecería estar más cerca del “multiculturalismo” como planteamiento fundacional. Sin embargo, no creo observar en los esfuerzos descritos una mera comprobación sociológico-descriptiva de la “diferencia”, sino el desafío por adentrarse en una propuesta de carácter normativo. Es verdad que la idea de la Constitución como “proyecto” parece aludir a que nada hay firme. Empero, la misma apelación a la Ley Suprema como “condición de posibilidad de una vida común” reconoce que ésta alberga una base desde la cual cabe explorar respuestas de talante universal, aun dentro de la diversidad de despliegues que se dan en el tiempo y el espacio. La base, se sabe, son los derechos fundamentales que se erigen en la razón de ser del programa constitucional. En ese contexto, el “proyecto” puede ser leído como un “desenvolvimiento” de aquellos, lo que proporciona plena luz a la idea del “fragen des Denken”, en tanto se trata del preguntarse acerca del sentido último del derecho o, si se prefiere, de la justicia material que ha de nutrir a toda relación social. Que esa pregunta no es meramente un compromiso (y aquí sí cabe puntualizar un apartamiento de algunas de las consideraciones de Häberle)⁴², lo revela el objetivo de salvaguardar el conjunto de los principios constitucionales a través de la noción de “concordancia práctica” que debe caracterizar a éstos, lo cual, tomado de la jurisprudencia constitucional alemana, no es sino el afán de la interpretación armónica y ponderativa que desde siempre asumieron la más elaboradas jurisprudencias constitucionales como, entre otras, la de nuestro país. Traducido en la clave desde la que trabaja este texto, puede decirse que el “universalismo” requiere del “multiculturalismo” para, de este modo, reafirmarse en lo esencial del universalismo, ahora transido de lo multicultural que lo enriquece y perfecciona.

⁴² Asumo esta idea a partir de Atienza, Manuel, “Sobre lo razonable en el derecho”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, 27, 1989, esp. p. 102.

La tarea, por cierto, no es menor pero habla de un camino de fundamentación⁴³. Todorov piensa, siguiendo a Lévi-Strauss, que una tal perspectiva trasunta un “universalismo de trayectoria”, en el que “los rasgos universales provienen, no del mundo empírico, objeto de la observación, sino del avance mismo del espíritu humano” (de eso que mi maestro Javier Hervada, en otro contexto, mentó como el “tipo humano resultante de la evolución histórica, mediante el proceso cultural y civilizador”⁴⁴) y recuerda a Jean Jacques Rousseau, para quien “sacudir el yugo de los prejuicios nacionales, aprender a conocer a los hombres por sus semejanzas y diferencias, y adquirir aquellos conocimientos universales que no son ni los de un siglo ni los de un país exclusivamente, sino que, al pertenecer a todos los tiempos y a todos los lugares, son la ciencia común de los sabios”⁴⁵.

De este modo, continúa este autor, “la universalidad es un principio regulador que permite la confrontación fecunda con las diferencias” bien que “su contenido no se puede fijar” de antemano ni es perenne. Con todo, agrega, es “la propia universalidad la que nos permite el acceso a los valores absolutos”, en tanto “lo que es universal es nuestra pertenencia a la misma especie: esto es poco, pero basta para fundamentar nuestros juicios”. Desde esta clave, como pedía Montesquieu, se unen dos perspectivas que con frecuencia se separan: “la unidad del género humano tiene que ser reconocida, pero también tiene que serlo la heterogeneidad del cuerpo social”. Concluye Todorov: “entonces resulta posible emi-

⁴³ Me he ocupado del asunto, entre otros lugares, en “Universalización e internacionalización del derecho: sobre la positivización del derecho natural en la reciente jurisprudencia constitucional comparada”, en Novelino, Marcelo, *Leituras complementares de direito constitucional (Direitos humanos e direitos fundamentais)*, Editora Juspodivm, Salvador, Bahia, Brasil, 4º, revista, ampliada e atualizada, pp. 97-115. También es sugerente, Viola, Francesco, “Los derechos humanos: ¿una nueva forma de derecho natural?”, en Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Ábaco, Buenos Aires, 2008, pp. 163 ss.

⁴⁴ Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Eunsa, Pamplona, 1990, 6º, p. 103.

⁴⁵ Todorov, nota 1, p. 31.

tir juicios de valor que trasciendan las fronteras del país donde se ha nacido: la tiranía y el totalitarismo son malos en todas circunstancias, al igual que la esclavitud de los hombres o de las mujeres. Esto no significa que a una cultura se la declare a priori superior a las otras, encarnación única de lo universal; sino que se pueden comparar las culturas existentes, y encontrar más qué alabar aquí, y más qué censurar allá⁴⁶.

Ejemplos jurisprudenciales de esta tensión

Las precedentes consideraciones hablan por sí solas de la complejidad del tópico bajo examen. De entre los muchos supuestos con que se puede ilustrar el tema, uno especialmente actual es el que concierne a las relaciones entre, por un lado, las comunidades indígenas, esto es, los grupos que descenden (en gran medida mestizados por siglos de contacto con otras comunidades) de quienes habitaban nuestro territorio al momento del arribo castellano y, por otro, quienes de variadas procedencias geográficas (Europa, Asia y otros lugares de América) conformaron la estructura político-jurídica actual de nuestro país. En lo que sigue, me ocuparé de algunos ejemplos jurisprudenciales que dan cuenta del asunto.

Pues bien, en relación con este aspecto, en otro lugar, he propuesto la tesis –por cierto no original, aunque tampoco suficientemente enfatizada– de que el contacto castellano-americano iniciado a fines del siglo XVI (sumado al que acaece, contemporáneamente, entre portugueses y comunidades africanas y asiáticas) dispara el camino de la universalización de los derechos humanos⁴⁷. Entonces se plantearon numerosas cuestiones que no son

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 439.

⁴⁷ Rabbi-Baldi Cabanillas, *La universalización de los derechos humanos*, en prensa, Discurso de Incorporación a Academia de Ciencias Morales, Políticas y Jurídicas de Tucumán, *Anuario 2012*, número 2, año 2013, Tucumán.

demasiado diversas de las que se presentan en la actualidad. Así, ¿corresponde tolerar la “costumbre por la que en algunas provincias, los caciques, al tiempo de su muerte mandan matar indios e indias para enterrar con ellos”, lo que tiene una pasmosa semejanza con la antigua costumbre hindú del “sati”? ¿deviene plausible la venta que en muchos lugares realizan los nativos de sus hijas “a quien más le diese para casarse con ellas”? ¿cabe prohibir la tradición del coqueo? Las dos primeras prácticas parecen quebrantar la idea de universalidad que se ha propuesto más arriba; la última, por el contrario, sugiere uno de los tantos modos a través de los cuales pueden las personas desplegar sus múltiples potencialidades a partir de lo que ya son. El legislador de entonces, prohibió los dos primeros supuestos (el inglés, también hizo lo propio con el “sati”), y admitió el tercero⁴⁸, en línea con la propuesta de vinculación del par “universalismo-particularismo” precedentemente defendida, de modo que permita reconocernos como iguales y, a partir de allí, respetarnos en las diferencias, al igual a cómo, bellamente, el citado Saint-Exupery, escribió en *Citadelle*: “si tu differes de moi, monfrere, loin de me léser, tu m’ enrichis”⁴⁹.

Con todo, el camino propuesto no siempre (acaso, pocas veces) ha encontrado suficiente eco. Observemos lo que al respecto depara para nuestra reflexión los tres supuestos que, entre tantos, deseo aquí compartir con ustedes.

⁴⁸ Cfr., respectivamente, ley del 18 de enero de 1552 (*Recopilación*, lib. VI, tít. VII, ley XV); ley del 19 de diciembre de 1612 (ibíd., lib. VI, tít. I, ley VI) y ley del 18 de octubre de 1569 (ibíd., lib. VI, Tít. XIX, ley I) donde se lee: “aunque nos fue suplicado, que la mandassemos prohibir, porque deseamos no quitar a los indios este género de alivio para el trabajo, aunque sólo consista en la imaginación”. En cuanto al “sati” –palabra de origen sánscrito que significa “puro” y que se aplicó a la viudas, las que originariamente debían permanecer castas aunque, luego, pasó a mentar el ritual de aquellas en la pira de su marido– la práctica fue prohibida en 1829, aunque se descrea de su genuino acatamiento.

⁴⁹ La frase se ha traducido extendidamente en castellano como “aunque eres diferente a mí hermano mío, lejos de dañarme, tu existencia enriquece la mía”.

El caso “Podestá”

Dos meses antes del fin del siglo XIX, la Corte Suprema desestimó el *hábeas corpus* deducido por un conocido empresario teatral y circense en favor de un grupo de indígenas formoseños, con quienes había firmado un contrato de locación de servicios a prestarse en la exposición internacional de 1900 a realizarse en París, y quienes habían sido momentáneamente retenidos por orden del Ministerio de Justicia de la Nación en una entidad de bien público hasta tanto se esclarezca el hecho⁵⁰. En primera instancia se hizo lugar a su pedido con sustento en que: a) la retención adoptada “significaba una verdadera restricción a la libertad personal de los aborígenes, por cuanto no podían abandonar el lugar donde se alojaban para cumplir el contrato”; b) “dicho contrato había sido ratificado de hecho por los indígenas en tanto le habían dado principio de ejecución al trasladarse a Buenos Aires” y c) “los indígenas no se encontraban comprendidos en ninguno de los casos de incapacidad –absoluta o relativa– que contempla la legislación civil”⁵¹. La decisión fue apelada por el Estado Nacional y en su dictamen el Procurador General de la Nación aporta otra perspectiva. Para el Dr. Kier si bien ningún habitante de la Nación puede ser arrestado sin orden escrita de la autoridad competente, la aplicación de tal principio no consultaba las particularidades del presente caso. A su juicio, el amparo de la libertad se aplica “contra el arresto opresivo” pero “¿Quién podría suponer ni admitir que esa restricción se ha producido en perjuicio de los pobres indígenas *menores e incapaces*, cuya situación afecta la compasión del pueblo y del gobierno y *en cuyo favor* se han dictado las medidas de protección...?”, atento que “la prensa ha denunciado

⁵⁰ Fallos: 81: 246, sent. del 3/10/1899.

⁵¹ Sigo la transcripción realizada en el completo trabajo de Pestalardo, Alberto S. M., “La condición jurídica de los indígenas en la Argentina a fines del s. XIX y comienzos del XX, vista a la luz de un curioso caso jurisprudencial”, *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional*, XVIII, 41/42, 2006, p. 305.

un *tráfico inmoral*, una exportación de productos humanos indígenas de la Argentina...”, por lo que “los poderes públicos han debido investigar, si aquellos míseros menores, incapaces e inconscientes *podían ser extraídos del país sin su consentimiento ni conocimiento...*”⁵².

De lo expuesto se infiere que, en efecto, el Procurador atiende la verdad material del expediente, del que surge que los indígenas desconocían nuestra lengua; no respondían por sus nombres castellanos ni existía prueba fehaciente de su edad. Sobre tales bases, juzgó que se está ante un contrato espurio (“inmoral”), en el que los retenidos eran considerados, para seguir la clásica distinción que se configura a partir de la tradición judeo-cristiana, más un “objeto” que un “sujeto” de derecho (“productos humanos indígenas”), lo que justifica el dictado de la medida, realizada en “favor” de la parte más débil⁵³. Por su parte, y en análoga línea de razonamiento, la Corte (voto de los jueces Paz, Bazán, Torrent y Martínez, disidencia del juez Bunge), revoca la decisión de primera instancia. Al igual que el Procurador, piensa que el empresario, más que proteger la libertad de los aborígenes, aspiraba a garantizar sus propios intereses, al extremo que el contrato requería “mantener en su poder” a aquellos (consid. 2º). De ahí que considera determinante conocer la genuina voluntad de los indígenas “ya por sí mismos o ya por sus representantes necesarios si debieran ser habidos por incapaces en las condiciones de la ley” (consids. 8º y 9º), toda vez que “en virtud de ese contrato (...) no aparece manifestada en forma la voluntad de los obligados a prestar el servicio” (consid. 6º).

Con todo, el pronunciamiento no es lineal. En un momento, el Procurador reprocha que “se arrastren a la exposición de 1900

⁵² *Ibíd.*, pp. 306-307. Cfr., asimismo, la síntesis del dictamen que se lee en Parry, R., *Sentencias de la Suprema Corte de la Nación Argentina*, Vol. XI, Editorial Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1938, pp. 118-119.

⁵³ Cfr. sobre lo expuesto mi *Teoría del Derecho*, nota 2, pp. 59-80.

para exhibir en vez de nuestra civilización progresiva los últimos restos de la barbarie...”⁵⁴, lo que trae el eco el espíritu científicista-etnocentrista de De Gérando al cual también adhiere, evidentemente, la pretensión de la actora. En esta línea de pensamiento, es claro que el “otro” no es un igual sino, para decirlo con Kant, una mera “cosa” de la que me prevalezco en razón de su debilidad y por la que, todo lo más, se paga un “precio” y, por tanto, “puede ser sustituido por algo *equivalente*”⁵⁵.

Más allá de estas ambivalencias, quizá inevitables en el contexto de la época, el grueso del dictamen y la decisión de la Corte Suprema devuelve la *litis* al punto básico del programa constitucional, el cual se estructura sobre la referida tradición judeocristiana y el insoslayable aporte de la Modernidad, cuidando, sin embargo, de dejar fuera los excesos de ésta última, también recordados *supra* II, 4. En efecto; el juego armónico de los arts. 15, 16, 18, 19, 27 y demás concordantes gobierna la decisión y nos devuelve de nuevo, netamente, a Kant: el “otro” es persona, de donde “no puede ser usado meramente como medio y, por tanto, limita en ese sentido todo capricho”, siendo, entonces, “objeto de *respeto*”⁵⁶.

El caso “P.”

Si el supuesto anterior exhibe la pretensión de una determinada cosmovisión de anular a la otra, el presente, resuelto en 2010, enseña un proceso inverso, en tanto en este último caso un miembro de una comunidad indígena con asiento en Iruya, Provincia de

⁵⁴ Pestalardo, nota 50, p. 307. Cfr. también Parry, nota 51, pp. 246-247.

⁵⁵ Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Espasa, Madrid, 1983 (del alemán por M. García Morente), pp. 83, 92 y 93 (el énfasis es del original).

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 83.

Salta, conminó a dos personas ajenas a aquélla a que abandonen dicho pueblo, en el que trabajaban como guía turístico y en un hotel pues, caso contrario, “serían echados de cualquier manera”. Asimismo, de las constancias de causa surgió que el encartado alienta a los estudiantes a que “no se junten con los foráneos” y que fuera del ejido local la comunidad indígena ejerce “facultades de jurisdicción exclusivas en temas jurídicos (...) y administrativos”. A juicio del tribunal de alzada, que confirmó lo resuelto en la anterior instancia⁵⁷, decisión que se halla firme⁵⁸, la conducta y los documentos citados confrontan con los derechos constitucionales de “entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino”; “trabajar y ejercer una industria lícita” y a la “igualdad”, y se arrojan facultades administrativas y judiciales a la comunidad que, de conformidad con nuestra arquitectura constitucional, son del resorte de las autoridades municipales, provinciales y nacionales. A su vez, con sustento en el referido programa de la Ley Fundamental que principia con la conmovedora invitación del Preámbulo a “todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”; en las normas constitucionales recién citadas; en otros documentos internacionales (constitucionales e infraconstitucionales) y en la inveterada jurisprudencia del Alto Tribunal, consideró que los derechos reconocidos en aquella lo son “para todos los hombres, más allá de su raza, religión, sexo o cualquier otro accidente o condición”, por lo que la conducta reprochada resulta “potencialmente hábil para alentar la persecución o el odio contra (...) personas residentes en Iruya pero no nacidas en esa localidad y que no pertenecen a las etnias indígenas ni practican su pertinente ‘cosmovisión’ (...) y aún contra aquellas que, oriundas del lugar, se relacionan con aquellos...” (consid. XI, párr. 15).

⁵⁷ Cám. Fed. Apel. Salta, “Prado, S. y ot.”, *in re*, sent. del 12/10/2010.

⁵⁸ Cám. Fed. Cas. Penal, Sala IV, causa 13.354, *in re*, sent. del 29/3/12.

Como se aprecia de lo expuesto, y al igual que lo visto en el anterior precedente, la conducta del encartado revela la negación del “otro”, de modo que éste no es más que un mero “objeto” del que, por ende, está justificado prescindir de “cualquier manera”. Se está, pues, para retomar una idea de Todorov ante un “etnocentrismo” de diverso origen pero de comunes consecuencias en tanto expropia todo diálogo interpersonal e intercomunitario y, con ello, no tanto o no solo, la posibilidad de eventuales entendimientos, sino, aún más determinante, el reconocimiento sin más de la existencia del “otro”. Alexy lo ha expuesto de manera persuasiva cuando reflexiona que quien jamás puede entrar en una situación de diálogo y de fundamentación “no participa en aquello que uno puede llamar ‘la forma de vida más universal de la persona’”, la cual “afirma que todas las formas humanas de vida contienen necesariamente universales teórico-argumentativos que pueden ser expresados a través de las reglas del discurso. Puede suceder que (...) estos universales tengan muy poca vigencia en la realidad. Pero sólo desaparecerán totalmente si los miembros de una forma de vida pierden completa y definitivamente su capacidad de formular la pregunta: ‘¿por qué?’ (...) En esta medida, la teoría del discurso rastrea los potenciales de la razón existentes en la realidad humana. En este sentido es, para usar una formulación de Höffe, ‘un esclarecimiento de la existencia de la persona’”⁵⁹.

Desde luego, el Tribunal señala que lo expuesto no implica desconocer, como reza la Constitución, la “preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos”, sino, antes bien, tornar operativo ese reconocimiento aunque *en armonía* con los derechos de terceros y de otros grupos ya que “las diversas culturas se apoyan en una base común: la dignidad del ser humano, de suerte que aquellas, lejos de dividir y empobrecer a la humanidad, la enriquecen con el aporte de sus diversas perspectivas que, de tal

⁵⁹ Alexy, “Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica”, en *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 2º, 1997 (del alemán por José M. Seña), p. 147.

modo, perfeccionan (...) a la persona y, en definitiva, al conjunto social” (consid. XII, párrs. 4º y 5º). Y concluye que esta solución es coherente con lo dispuesto por los documentos internacionales, tal el frecuentemente invocado Convenio 169 de la OIT sobre “Pueblos indígenas y tribales en países independientes” (1989) o el texto de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena, organizada por la ONU (1993). El primero, es categórico cuando expresa que si bien dichos pueblos tienen “el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias”, ello solo es posible “siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos” (art. 8.2). El segundo, de modo análogo, dispone que “debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos”, sin que ello implique ignorar que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e independientes y están relacionados entre sí” (art. 5) (consid. cit., párr. 6º).

El pronunciamiento muestra, pues, la por momentos tensa dialéctica “universalismo-multiculturalismo”, pero su respuesta se esfuerza por realzar los rastros que unen y desarrollan a ambos conceptos en línea con la filosofía del derecho de nuestra Constitución que, como se vio, hunde sus raíces mucho más atrás de 1853 y que está convocando al encuentro de unos y otros, tal y como surge patentemente del vigente art. 75, inc. 17 –texto según la reforma de 1994–, cuando, en referencia a las comunidades indígenas, “garantiza el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural”.

Se trata de dos proposiciones hondas en implicancias. La primera (respeto a su identidad), entraña el resguardo de lo que Juan Pablo II en su discurso ante la Asamblea General de la ONU de 1995 denominó –a propósito de la lengua y la cultura de las comunidades, muchas de ellas frecuentemente cercenadas por la

tragedia de las migraciones forzadas– las maneras “mediante los cuales un pueblo expresa y promueve lo que llamaría su originaria ‘soberanía espiritual’”⁶⁰. La segunda (educación bilingüe e intercultural), es la perspectiva necesaria y complementaria de la anterior, pues está suponiendo que aquella identidad no es ni la única existente ni, menos, que se halla aislada de otras con las cuales, como lo muestra el mundo globalizado y altamente complejizado en el que habitamos, está llamada, para decirlo heideggerianamente, a coexistir (*mitsein*) y, por ende a preocuparse por aquellas (*fürSorge*)⁶¹. En ese horizonte, la educación que pide el texto supremo implicará tanto la enseñanza de los particularismos culturales cuanto la de la tradición enraizada en el documento constitucional, la cual, anclada sobre el resguardo de la dignidad humana y de las autonomías (“soberanías espirituales”) de cada quien, señala un vigoroso punto de partida para una cultura del encuentro, del respeto y del enriquecimiento recíprocos⁶².

⁶⁰ Juan Pablo II, “Discurso a la Quincuagésima Asamblea General de las Naciones Unidas” del 5/10/95, *L’ Osservatore Romano*, edición semanal en lengua española, n. 41, pp. 7-9.

⁶¹ Cfr., a partir del autor de *Seinund Zeit*, las sugerentes consideraciones de Ballesteros, Jesús, *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*, Tecnos, Madrid, 1984, esp. pp. 125-126.

⁶² Todavía cabe decir algo más respecto de la fina apertura a lo “intercultural” de la Constitución Nacional y es cuando regula la “propiedad *comunitaria* de las tierras que tradicionalmente ocupan” (énfasis mío). Esta clase de propiedad, como parece obvio, viene a *añadir* (no a suplantarse o a reemplazar) a la propiedad *individual* reglada en el art. 17 de aquél documento y en numerosas disposiciones del todavía vigente Código Civil) otro modo de vinculación de las personas con las cosas a partir de usos inveterados que, como escribe Walzer, según se había referido más arriba, se hallan “culturalmente integrados” y son “completamente significativos” para cada tradición. Sobre la necesidad de armonizar estas diversas modalidades en circunstancias concretas, de modo de cumplir fehacientemente el objetivo constitucional, cfr. lo resuelto por la Cámara Federal de Apelaciones de Salta en la causa “Comunidad El Traslado Cacique Roberto Sánchez y Comunidades de Zopota y El Escrito Cacique Bautista Frías c/Estado Nacional s/ amparo”, sent. del 23/2/11.

El caso “R.”

En este asunto se juzgó la conducta de un integrante de una comunidad Wichi en Tartagal, Provincia de Salta, acusado de tener acceso carnal reiterado con su hijastra, desde la menarca de ésta la que tuvo lugar a los 9 u 11 años (la menor habría sido inscripta con posterioridad a su nacimiento por lo que las fechas son inseguras) y a quien embarazó un año después⁶³. La cuestión que sobrevoló en todas las instancias del proceso fue determinar si resulta posible juzgar al imputado a la luz de pautas culturales extrañas (en la inteligencia de que, efectivamente lo sean) a las propias, y según las cuales resulta admitida la bigamia o matrimonio privignático (en el supuesto de que tal práctica sea efectivamente tal). Al respecto, corresponde precisar que nuestro sistema penal se asienta sobre la noción de culpa y ésta se manifiesta cuando quien puede conducirse de acuerdo con lo prescripto por la norma, no lo hace. En cuanto aquí importa, es decisiva la comprensión de la antijuridicidad de la conducta, de modo que ésta no se observa cuando hay una incapacidad psíquica para comprender la antijuridicidad del acto o cuando media un error de prohibición invencible (art. 34, inc. 1º, Cód. Penal).

Temas como el planteado desvela a penalistas, antropólogos y filósofos a escala planetaria, ya que son frecuentes –según se anticipó al inicio– discusiones del estilo en las que se confrontan culturas, esto es, sistemas de valores radicalmente contradictorios. De este modo, el asunto exhibiría una diferencia sustancial respecto de los dos supuestos precedentemente expuestos. En aquellos parece latir el propósito (simple y brutal) de unos de ignorar a otros, de donde, como se dijo, queda excluida *ab initio* toda posibilidad de diálogo y, por cierto, de comprensión y de coexistencia. En éste, por el contrario, existe un encuentro entre comunidades,

⁶³ Corte de Justicia de la Provincia de Salta, “C./C. R., J. F.-rec. cas.”, *in re*, Expte. 28.526/06, sent. del 29/9/06.

pero de él se revela la presencia de modos de vida radicalmente incompatibles.

El tópico admite niveles que van desde estimulantes propuestas integrativas a ejemplos de alta complejidad. Al respecto, el profesor de la Universidad de Buenos Aires Carlos Cárcova repara en lo que se conoce como proceso de “aculturación” según el cual “a cierta cultura autóctona, o a una parte de ella, se sobrepone otra, de naturaleza foránea”. El resultado por lo general es, señala el autor, “que la cultura preexistente, aún dominada, no desaparece”, sino que se aprecia “en las prácticas cotidianas, en las costumbres, en los ceremoniales”⁶⁴. El mencionado ejemplo del coqueo, como tantos otros (el “servinakuy” o matrimonio a prueba; la “chayada” o culto a la pachamama o madre tierra, etc.), dan cuenta de la presencia de prácticas inmemoriales que, ciertamente, *enriquecen la coexistencia social*. Pero junto a dichos usos, se advierten otros, algunos ya mencionados (la excisión; el sati o diversos ejemplos de justicia comunitaria a escala planetaria) que, por el contrario, *desafían la misma coexistencia intersubjetiva*⁶⁵. ¿Cómo actuar ante situaciones del tipo? Al respecto, los argumentos de la defensa y del voto en disidencia de la jueza Garros Martínez en el caso bajo examen reproducen adecuadamente los términos del debate teórico-práctico objeto de estudio y permiten afrontar ciertas respuestas en línea con la tesis que se ha querido defender en estas páginas⁶⁶.

⁶⁴ Cárcova, Carlos M., *La opacidad del derecho*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 73-74.

⁶⁵ Cfr. sobre el particular, entre una amplia bibliografía, las sugerentes reflexiones de Rabinovich-Berkman, Ridardo D., *¿Cómo se hicieron los derechos humanos? Un viaje por la historia de los principales derechos de las personas*, Volumen I. Los derechos existenciales, Didot, Buenos Aires, 2013, pp. 137-158, y de Walzer, *Tratado sobre la tolerancia* (del inglés por Francisco Álvarez), Paidós, Barcelona, 1998, esp. pp. 75-76.

⁶⁶ El voto de mayoría no se pronuncia sobre el fondo del asunto. En su breve decisión declara la nulidad del procesamiento de R. resuelto por la anterior instancia en razón de considerar que las “particularidades sociales” señaladas (en concreto, el modo de vida propio del encartado) no fue “objeto de una ponderación concreta” (consid. 11), lo cual, como es obvio, está suponiendo que es tarea del tribunal inferior ocuparse de desentrañar la existencia (o no) de tal circunstancia, como condición previa para resolver la situación procesal del encartado.

Para la defensa, en efecto, la decisión apelada ha violado el “derecho consuetudinario” que resguarda la “identidad cultural de los pueblos indígenas” garantizado por el art. 75, inc. 17 de la Constitución nacional, el que genera un “derecho constitucional indígena”, por lo que no ha habido dolo de su defendido en tanto “se emite un juicio sobre una conducta sólo comprensible en términos del ‘código’ de la comunidad indígena, aplicando para ello otro código, el penal, sin que exista una relación intercultural de mutuo entendimiento”, lo cual deviene “discriminatorio”. De ahí que considera que “no existió violación ni reiteración del delito de engaño” toda vez que “en la supuesta víctima existe la madurez requerida para que la conducta sancionada pueda ser descripta como simple modo de vida, aceptado antropológicamente como una institución social denominada ‘matrimonio privignático’, en el que, a diferencia de lo que entiende la Cámara, no existe concubinato sino matrimonio tanto con la madre como con su hija” (confr. voto de la jueza Garros Martínez, consid. 3º, párrs. 1º y 2º).

Por su parte, el voto de la jueza antes mencionada entiende que “en el examen jurídico de (...) los agravios no puede (...) prescindirse de la ameritación contextual de la conducta”, en tanto “los hechos del presente caso revelan (...) una gran densidad cultural y (...) conllevan la necesidad de analizar la tensión que se plantea entre los distintos puntos que entran en conflicto ...” (consider. 10), lo que, a su juicio, exige una interpretación armónica de los puntos en conflicto. Sobre tales bases, la magistrada aborda un aspecto que reputo nuclear del debate bajo estudio y que, en el caso, parece dado por la “relación niños-cultura-derechos humanos”, para lo cual acude a tres criterios de interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: por un lado, que “muchas manifestaciones culturales de las comunidades indígenas forman el substractum de las normas jurídicas que deben regir las relaciones de sus miembros ‘inter se’ y con sus bienes”; de seguido, “que la invocación de las manifestaciones culturales no puede

atentar contra los estándares universalmente reconocidos de observancia y respeto a los derechos fundamentales de la persona humana” y, finalmente, el “rechazo con firmeza de las distorsiones del llamado ‘relativismo cultural’”, por lo que “se debe aceptar que las consideraciones culturales tendrán que ceder cada vez que entren en conflicto con los derechos humanos” (consid. 14, párrs. 2º, 3º y 4º).

Sentado lo anterior, desciende al examen del caso concreto, cuyas principales conclusiones se esquematizan como sigue: (i) “no surge de las pruebas aportadas sobre el modo de vida wichi que las relaciones sexuales con menores de edades inferiores a los 13 ó 14 años integren las prácticas habituales de la comunidad” (consid. 18, párr. 2º); (ii) del informe antropológico requerido a la Universidad Nacional de Salta “si bien se instruye sobre la iniciación de la vida sexual a partir de la menarca, no da cuenta de la institucionalización en la cultura Wichi de formas como la bigamia o el matrimonio privignático” (consid. 18, párr. 4º); (iii) “no puede concluirse que Misión Wichi importe un grupo étnico totalmente cerrado que mantenga sus principios en forma totalmente pura” (consid. 24, 5º párr.); (iv) lo que se corrobora no solo por el hecho de la escolarización de la menor –que es lo que da lugar a la denuncia que origina estas actuaciones–, sino del propio imputado, quien “cursó hasta tercer grado del nivel primario y desde hacía tres años era beneficiario del Plan Jefes/as de Hogar” (consid. 24, 4º párr.)⁶⁷. A tales consideraciones, de las que no sur-

⁶⁷ En abono de esta conclusión, juzgo de interés incorporar el testimonio –hecho público en medios locales a raíz de este asunto– de Octorina Zamora, jefa de la comunidad wichi Honatle’les, de Embarcación, Prov. de Salta, cercana a Tartagal, lugar, como se dijo, donde acaecieron los hechos examinados, quien señala, categóricamente, que “la violación de una menor por parte de un mayor es una aberración y no está considerada normal por ninguna de las comunidades indígenas, y menos en la wichi, en donde es castigado el abuso de poder y las relaciones sexuales incestuosas”. Luego de recomendar “hablar con los ancianos y ancianas de nuestra comunidad, que son fuente de nuestra sabiduría”, reitera que no se está ante “una costumbre ancestral”, para concluir que “como en toda cultura los niños wichis juegan con niños, no tienen relaciones con adultos”, de donde “yo estoy defendiendo a los niños y a las niñas, que son la esperanza de mi pueblo” (Cfr. El Tribuno, Salta, 11/9/09, p. 34 y 30/7/12, p. 40). En esta última publicación se

ge que R. no estuviera “en condiciones de comprender la ilicitud de los hechos cometidos” (consid. cit.), se añaden otras dos de carácter más general: (v) el experto que intervino en la causa refiere conclusiones de un seminario de 1998 del que surge que “el acceso carnal de menores de edad parece encontrar el parámetro entre lo permitido y lo prohibido no ya en la edad de la menor, o en su real consentimiento y comprensión del acto sino en el riesgo de daño físico”. De ahí que se trataría no de un “ataque a la libertad sexual, sino una variante de agresión física” (consid. 23, párr. 2°) y (vi) publicaciones especializadas dan cuenta de que las mujeres “manifiestan su intención de mantener tradiciones y cultura pero miran a ésta con los ojos críticos de sus propias vivencias, pidiendo ‘respeto a las tradiciones que no afectan o agreden a las mujeres indígenas’”, señalando que entre la lista de costumbres propias “que sí les gustan”, se hallan “cuando los padres no obligan a las niñas a casarse” (práctica, según se señaló al inicio, extensamente divulgada en todos los continentes); “que nos dejen estudiar” o que “*caminen por igual, hombres y mujeres*” (consid. 13, párr. 4°, subrayado añadido), lo que, con cita de Carlos Lenkersdorg, lleva a concluir que “‘¡no todas las costumbres son buenas!’ de modo que “‘si dicen que el gobierno va a respetar las costumbres de los indígenas, *las mujeres tienen que decir cuáles costumbres son buenas y deben de respetarse y cuales son malas y deben de olvidarse*’” (consid. 13, párr. 5°, el subrayado no pertenece al original).

En mi opinión, la manera desandada por la disidencia parece adecuada, ya que discierne los núcleos de universalidad al interior de las particularidades de la comunidad Wichi. No se trata de de-

da cuenta de la denuncia de miembros de la comunidad wichi “Misión La Loma”, también de Embarcación, respecto de la violación de una menor de 9 años. Más allá de que no constan registros de que el asunto hubiese llegado a la justicia, se trata de una nueva corroboración de que las relaciones entre adultos y niños no parecería avalada –contrariamente a lo alega la defensa de R. en el asunto estudiado– por el “modo de vida wichi” (confr. consids. 18, párr. 2° y 25 de la citada disidencia).

fender determinadas perspectivas de forma apriorística y esto, es claro, se aplica tanto a quienes invocan una determinada práctica (que, como se vio respecto del matrimonio privignático, parece no ser tal) como a quienes prohíjan ciertos derechos universales (que, como también se puntualizó, no existen en abstracto más que en sus formulaciones elementales)⁶⁸, sino de abrirse a la realidad de cada contexto, ya que éste, al par que enseña el tesoro de usos fecundados a lo largo de extensos períodos, parece asimismo ilustrar la permanente lucha del hombre por resguardar la igualdad de trato, la exclusión de la prepotencia y del daño al otro o el reconocimiento –aun de manera costosa y parcial– de la luz de la consciencia individual. En la causa estudiada se advierte que cuando se ingresa a la realidad antropológico-social de las comunidades indígenas nacionales (entre las que se encuentra la Wichi), emergen, además de sus particularidades extremadamente ricas en enseñanzas, preocupaciones que van en la línea de los derechos universales, tal el “caminar por igual” hombres y mujeres, lo cual sugiere que la defensa de los particularismos no debe ser *a costa* del *humus* de exigencias comunes a todo ser humano y, al mismo tiempo, el resguardo de tales exigencias, no puede cercenar la estimulante variedad de los particularismos.

Conclusión

Los desarrollos teóricos y los casos examinados muestran que toda tradición cultural reconoce notas “indisponibles”, lo que revelaría la vitalidad de la larga tradición de los derechos naturales o universales⁶⁹. Desde luego, como se apuntó también, dichas ca-

⁶⁸ Cfr. al respecto Kaufmann, Arthur, “El renacimiento del derecho natural de la posguerra y lo que fue de él” (del alemán por A. Guardi; revisión por R. Rabbi-Baldi), en Rabbi-Baldi Cabanillas, nota 42, p. 363.

⁶⁹ Cfr., al respecto, mi estudio citado en la nota 2, pp. 93 ss.

racterísticas comunes no se encuentran en abstracto, ya que el ser humano existe en la historia, por lo que tales bienes se modulan en el seno de culturas particulares a lo largo de un extenso transcurrir y, si bien generan –apropiándome libremente de palabras de Walzer– una “moralidad densa”⁷⁰, ella es lo suficientemente universal como para permitir comprenderse a unos con otros en torno de ciertas exigencias o necesidades básicas⁷¹. En ese horizonte, si se quiere, como pedía Bloch, hacer plausible el “principio de la esperanza” en el que “no hay ni humillados ni ofendidos”⁷², no cabe sino mirarse a la cara y abrirse al inquietante desafío de la coexistencia, lo que es tanto como entregarse al vértigo del encuentro y del desencuentro que interpela, a su vez, a un nuevo encuentro con el otro.

Pienso que ello requiere, para decirlo con Apel y Habermas, de una de “racionalidad crítica”⁷³. Por de pronto, el último autor observa que “únicamente sobre la base de una *colaboración recíproca*, los derechos fundamentales pueden cumplir la promesa moral de respetar por igual la dignidad humana de cada persona”⁷⁴. Esta colaboración parece imperativa en la hora actual en la que es evidente que los planteos (y problemas) que originan los particularismos han llegado para quedarse en un mundo, paradójicamente, cada vez más próximo pero, también, cada vez más desintegrado. Se requiere, pues, de una ética del “encuentro” y de la consecuente “preocupación” por el otro, lo que revela, como escribe el pro-

⁷⁰ Walzer, nota 27, pp. 45-47 y lo dicho en la nota 18.

⁷¹ Cfr., entre otros, Finnis, John, *Natural law and natural rights*, Oxford University Press, New York, 1988, quien ha estructurado su conocida obra a partir de la existencia de un haz de “bienes básicos” comunes a todo ser humano por su condición de tal (cfr. pp. 59 ss.).

⁷² Bloch, Ernst, *Droit naturel et dignité humaine*, Payot, Paris, 1976, p. 13. Es iluminador sobre el particular el estudio de Melkevick, Bjarne, “Una Mirada modernista sobre el ‘derecho natural’ o cómo reunirse con la modernidad jurídica”, en Rabbi-Baldí Cabanillas, nota 42, pp. 98 ss.

⁷³ Cfr., entre otros estudios, Apel, Karl-Otto, “Die Situation des Menschen als ethisches Problem”, *Zeitschrift für Pädagogik*, 28 Jg., 1982, 5, pp. 677-693.

⁷⁴ Habermas, nota 8, p. 9 (énfasis añadido).

fesor de la Universidad de Buenos Aires Carlos Cárcova, que se está ante “una oportunidad, no sencilla claro está, de replantearnos mejores formas de socialidad, nuevos criterios de solidaridad, otras dimensiones de tolerancia”⁷⁵. “No es preciso, como quiere el relativista –señala Todorov–, prohibirse juzgar las costumbres de un país extranjero, pero tampoco hay que contentarse con aplicarle las normas del propio, como lo haría el etnocentrista; se debe encontrar un ideal universal”⁷⁶.

¿Cómo encarar tamaño desafío? Alexy lo ha expuesto de manera persuasiva: “hay dos cosas que conducen a una estructura necesariamente comunicativa de la fundamentación práctica: primero, la posibilidad de argumentar acerca del peso relativo de los intereses, que se convierte en necesidad si se quiere un equilibrio de intereses justo y por lo tanto correcto, y segundo, la exigencia de tomar en serio al otro como individuo”⁷⁷. Y eso, para decirlo con palabras de otro comunitarista, Charles Taylor, no es algo poco significativo; por el contrario, “entraña una diferencia”⁷⁸. Ahora bien: con estos elementos, si en verdad se aspira a no acen-
tuar las distancias entre unos y otros, sino a fortalecer una urdimbre de vínculos que reconociendo al otro como “fin en sí mismo” (no hallo otra fórmula mejor lograda que la kantiana), no obstante deje a salvo los distinguos existentes y hasta los promueva de modo de “caminar juntos”, como expresa la fina antropología indígena antes citada, entiendo que corresponde abrirse al escrutinio estricto

⁷⁵ Cárcova, nota 63, p. 90.

⁷⁶ Todorov, nota 1, p. 34.

⁷⁷ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, reimp. 1997 (del alemán por E. Garzón Valdés), p. 141.

⁷⁸ Creo encontrar una línea de comunicación entre las citadas propuestas de Alexy y de Charles Taylor en razón de que el profesor canadiense al plantear, por ejemplo, en su “Ética de la autenticidad” (Paidós ICE/UAB, Barcelona, 1994, del inglés por P. Carbajosa Pérez; introducción por C. Thiebaud) que aquella es un ideal válido, expresa que “se puede argumentar razonablemente sobre los ideales y la conformidad práctica con estos ideales y que estas argumentaciones entrañan una diferencia” (p. 59).

to de todas las costumbres (las mías y las de los demás; las de los unos y de los otros). Tengo para mí que este planteamiento es el único que puede dejar fuera de la vibrante discusión a la que se asiste en la actualidad sobre los términos “universalismo-multiculturalismo” a los fundamentalismos que proceden de ambos orígenes y que, como se vio, conducen a visiones unificadoras, es decir, simplistas y, en definitiva, irreales⁷⁹. Es que si, de un lado, la multiculturalidad no aspira al resguardo de la persona como una unidad inatacable y si, de otro, el universalismo no se aviene a enriquecerse de los aportes de la multiculturalidad, es imposible el “caminar juntos” al que hace referencia la fina antropología de los pueblos indígenas más arriba citada y, por tanto, alcanzar una coexistencia pacífica y virtuosa.

Este procedimiento, como escribe el recientemente fallecido catedrático de Filosofía del Derecho y Derecho Penal y antiguo juez del Tribunal Constitucional Federal, Winfried Hassemer, es una “espiral” hermenéutica⁸⁰ en el que el punto de llegada no es, casi nunca, semejante al de partida (la referida historicidad humana no deja otra alternativa), pero ello si bien no necesariamente entraña que el resultado sea mejor, ya implica, de suyo, un *plus* respecto del estadio del que se parte, porque, como lo vio bien Gadamer, la exigencia suprema de la hermenéutica lleva ínsita “la estructura lógica de la pregunta”⁸¹. Aquí cobra virtualidad el juego de palabras que ofrece la lengua alemana y en el que reparó Heidegger: *Denken ist Danken* (“pensar es agradecer”)⁸². Cabe,

⁷⁹ Cfr., concordantemente, Cárcova, nota 63, p. 90.

⁸⁰ Cfr., a partir de su obra *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, 1968, Larenz, nota 9, p. 195 y las sugerentes reflexiones de su maestro, Arthur Kaufmann, “La espiral hermenéutica”, en él mismo, *Hermenéutica y derecho* (edición a cargo de A. Ollero y J. A. Santos), Comares, Granada, 2007, pp. 141-145.

⁸¹ Gadamer, nota 9, p. 369 (el énfasis es del original).

⁸² Tomo la referencia del lúcido estudio de Francesco D’Agostino, “Hermenéutica y derecho natural después de la crítica heideggeriana a la metafísica”, en Rabbi-Baldi Cabanillas, nota 42, p. 355.

en efecto, en cuanto aquí interesa, agradecer poder pensar cómo encontrarse con el “otro” para procurar florecer con él.

En ese contexto, hago más, a guisa de conclusión, una bella y penetrante reflexión de Ryszard Kapuscinski, conocido explorador de la diversidad humana, que sirve como divisa de las perplejidades y esperanzas que me embarga el tópico tratado en estas páginas: “Deberíamos buscar el diálogo y el entendimiento con el nuevo Otro. Los años vividos entre pueblos remotos me enseñaron que la bondad hacia el prójimo es la única actitud que puede tocar el punto sensible, humano, del Otro (...) ¿Podremos escucharnos mutuamente? ¿Podremos comprendernos? Me pregunto si tanto nosotros como el Otro deseamos apelar (y aquí cito a Conrad) a aquello que ‘habla a nuestra capacidad de deleite y asombro; a la sensación de misterio que rodea nuestra vida; a nuestro sentimiento de piedad, belleza y dolor; al sentimiento latente de confraternidad con toda la Creación. Y a la convicción sutil pero invencible de una solidaridad que entrelaza la soledad de innumerables corazones: la solidaridad en los sueños (...) la esperanza, (...). La que une a los hombres y a toda la humanidad: los muertos a los vivos y los vivos a los que habrán de nacer”⁸³.

⁸³ Conferencia de apertura del período lectivo de verano, Universidad Jagielloniana, Cracovia, reproducido en el diario “La Nación”, Buenos Aires, *El encuentro con el otro*, 4/12/05, p. 3. En línea con lo expuesto, Mendez, Julio Raúl, tras criticar la propuesta de una “sociedad plana” que no tolera “la relevancia de las diferencias” y, menos, “la resistencia” que, “en cuanto instala un sentido irreductible de vínculos sociales, plantea la cuestión de los núcleos no-disponibles”, reivindica “la primacía del amor” el que entraña las notas del “reconocimiento” y la “acogida” (Cfr. “Hermenéutica, culturas y derechos humanos”, en *Persona y Derecho, Estudios en homenaje al Prof. Javier Hervada*, vol. 41, 1999**, pp. 96, 97, 102 y 103).

Agradecimientos

Concluyo con los reconocimientos que no son de rigor, sino de justicia. En primer lugar, a los miembros de esta Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas por el generoso convite de integrarme a sus fatigas, comprometiendo, desde ya, mi mayor esfuerzo. “Todos los hombres tienen naturalmente el deseo de saber”, dice Aristóteles al principio de su *Metafísica*⁸⁴. La Academia, pues, facilita el encuentro (y también –otro rasgo aristotélico–, la amistad⁸⁵) en torno del saber, el que no es corpóreo, sino espiritual y está llamado a circular, mejorando el entorno que habitamos. En este contexto, no se me escapa ser el segundo salteño en ingresar a este ámbito próximo a cumplir su primer centenario, luego de D. Atilio Cornejo, quien también honró la Academia Nacional de la Historia, de la que fue miembro numerario. Sus investigaciones históricas, sociológicas y genealógicas, en especial sobre la región de la que provengo, continúan siendo referencia insustituible. Siguiendo su huella, he querido hoy ofrecer un tema que hace a lo medular de las preocupaciones de esta Academia, ilustrándolo con ejemplos de nuestro Norte argentino. De igual modo, agradezco al Académico Vanossi, por su inmerecida *laudatio*, un gesto más de los muchos que me ha dispensado desde que hace veinte años aceptara –sin ninguna obligación de hacerlo– mi atrevido pedido para que se integre a un seminario sobre casos jurisprudenciales difíciles, origen de un libro del que también participaron dos miembros de esta casa ya fallecidos, los académicos Germán J. Bidart Campos y Alberto A. Spota. En el arduo camino que conduce a este punto, mis padres han sido un estímulo y un impulso respecto del cual, mi agradecimiento que ahora se dirige a los distintos lugares desde los cuales me escuchan, nunca será equivalente a lo que ellos me legaron. La vida también me ha regalado de-

⁸⁴ Aristóteles, *Metafísica* (del griego por P. de Azcárate), (1981), Espasa Calpe, México, 11°, p. 11.

⁸⁵ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 1155 a ss.

masiados amigos a los que debe tanto, como el acompañamiento que en este momento muchos de ellos me dispensan. Por último, todos sabemos que la actividad científica es tirana y siempre existen algunos que son rehenes de esa circunstancia. Nosotros, por cierto, somos los agradecidos –en deuda inconmensurable– con esas personas. Ellas son, en primera línea, mis tres pequeños hijos y Denise, quien acompaña mi *vocatio* sin desmayo y con demasiada generosidad. A todos ellos, muchas gracias.

