

REVISTA

IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

62



Julio - Diciembre 2015



REAL EMBAJADA DE NORUEGA

REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2015 IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Corrección de estilo: Marisol Molestina.

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca

Impresión litográfica: Versailles S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$40,00. El precio del número suelto es de US\$ 25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica
Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955
e-mail:s.especiales2@iidh.ed.cr
www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación	7
<i>José Thompson J.</i>	
Reconocimiento y protección de la diversidad en la unidad del género humano	11
<i>Fernando Javier Baralt Briceño</i>	
Igualdad y no discriminación: análisis de su aplicación al caso de las comunidades originarias	31
<i>Natalia Patricia Copello Barone</i>	
El fondo de desarrollo comunitario como reparación colectiva para las comunidades indígenas	57
<i>Ángel Salvador Ferrer</i>	
Políticas públicas orientadas hacia la igualdad de derechos. La llave para preservar la paz social en los nuevos países receptores de flujos migratorios laborales	87
<i>Laura García Juan</i>	
La protección a los derechos humanos de las personas en situación de discapacidad por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	113
<i>Jesica Paola Gómez Muñoz</i>	
Los obstáculos y desafíos de las solicitudes de refugio en Brasil	147
<i>Rinara Granato Santos, Nilo Lima de Azevedo</i>	
Las mujeres en el proceso de reconstrucción de la sociedad mapuche	167
<i>Ronny Leiva Salamanca</i>	

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) presenta el número 62 de su Revista IIDH, cuya edición se ha alimentado de la colaboración que han hecho llegar algunos/as de sus lectores/as.

Para esta edición, el IIDH lanzó una convocatoria para recibir artículos en materia de derechos humanos de las diversidades nacionales, étnicas y culturales, de género, sexuales, etarias, religiosas, ideológicas, sociales, económicas, políticas o de capacidades. Se eligió esta temática puesto que es una de las prioridades estratégicas institucionales para el período 2015-2020, y la Revista IIDH representa, cada semestre, una oportunidad para difundir el debate, la investigación y los distintos aportes regionales e internacionales que permiten avanzar hacia una más efectiva protección de la diversidad.

En su estrategia institucional, el IIDH busca incidir para que las diversidades sean reconocidas y valoradas. Esto supone que se reconozca la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran, pero también que se genere un cambio de percepción, tanto social como institucional, que asuma y priorice los principios de igualdad y no discriminación, encaminándose a producir acciones específicas para la eliminación de prejuicios y estereotipos estigmatizantes, así como para promover la erradicación de la discriminación y la criminalización de las diferencias.

Bajo esa visión, este número de la Revista IIDH recoge los artículos académicos de Ángel Salvador Ferrer (España), Ronny Leiva Salamanca (Chile), Jesica Paola Gómez Muñoz (Colombia), Fernando Javier Baralt Briceño (Venezuela), Rinara Granato Santos y Nilo Lima de Azevedo (Brasil), Laura García Juan (España) y Natalia Patricia Copello Barone (Argentina).

Las colaboraciones que hemos elegido para ser incluidas en este número incluyen el análisis de poblaciones en situación de vulnerabilidad, principalmente: las comunidades indígenas, con énfasis en las mujeres, las personas migrantes y refugiadas y las personas con discapacidad, sin excluir algunas reflexiones generales sobre el reconocimiento y protección de la diversidad y el principio de igualdad y no discriminación.

En cuanto a las comunidades indígenas, se incluye un análisis sobre los elementos que conforma un fondo de desarrollo comunitario como reparación colectiva en casos de violaciones a derechos humanos a comunidades indígenas, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde 2001. Otro de los estudios que aquí se presenta analiza el papel que han tenido las mujeres *mapuche* en el proceso de reconstrucción de dicha sociedad, mediante un repaso a los antecedentes y contexto histórico, a la conceptualización de las mujeres *mapuche* en el movimiento de los derechos humanos y a la actividad pública de estas mujeres en diversos ámbitos, incluyendo la actividad profesional y la dirigencia social. Además, se incluye un estudio sobre la aplicación del principio de igualdad y no discriminación en casos de las comunidades originarias a través de un análisis legal, jurisprudencial y doctrinario, con un enfoque interdisciplinario.

En materia de los derechos de personas migrantes, se analiza la experiencia española a partir de una serie de políticas públicas

exitosas para preservar la paz social en países receptores de flujos migratorios laborales, incluyendo reformas legislativas, el discurso político y las políticas de integración. Esta edición de la Revista IIDH también incluye un artículo sobre las personas refugiadas que analiza los obstáculos y desafíos que aún presenta la política de acogida de refugiados/as en Brasil.

En cuanto a las personas con discapacidad, se presenta en este número un artículo que analiza la manera en que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha protegido sus derechos a través de su mandato, tanto de promoción como de defensa. Lo anterior, mediante un riguroso estudio del sistema de peticiones y casos, informes temáticos, medidas cautelares y audiencias celebradas en el marco de sesiones ordinarias.

Finalmente, se estudia el reconocimiento y protección de la diversidad en la unidad del género humano respondiendo, desde un enfoque interdisciplinario, varios cuestionamientos que en un análisis integral permitan comprender por qué el ser humano es diverso y en qué forma esta diversidad debe ser protegida.

Aprovecho esta presentación para agradecer en nombre del IIDH a las autoras y autores que han hecho llegar al IIDH sus contribuciones académicas para esta edición. Esperamos que esta publicación sea un aporte a la doctrina en derechos humanos de las diversidades para promover el reconocimiento formal de sus derechos, la posibilidad de hacerlos exigibles y la implantación de una cultura y prácticas institucionales no discriminatorias que garanticen su vigencia.

José Thompson J.
Director Ejecutivo, IIDH

Igualdad y no discriminación: análisis de su aplicación al caso de las comunidades originarias

*Natalia Patricia Copello Barone**

Introducción

La temática principal de la presente investigación gira alrededor de las denominadas **comunidades originarias**. Esta selección se debe a la importancia y entidad que reviste su tratamiento, ya que las mismas existen mucho antes del Estado mismo y de sus instituciones, además de representar el reclamo de un sinnúmero de minorías que velan por hacer efectivos sus derechos.

Dos son las ideas que la fundamentan: la de **pluriculturalidad**, para analizar si puede utilizarse este concepto en el marco del Derecho como herramienta para la construcción de un Estado pluralista en el cual se efectivicen los derechos humanos que se vean vulnerados; la otra es el **efectivo ejercicio de ciertas garantías judiciales** por parte de los sujetos de análisis, pues ésta apunta más específicamente a la realización de estos derechos.

En este análisis legal, jurisprudencial y doctrinario, se considerará como un supuesto y analizará la ideología, sustentada en la respectiva materia, sobre derechos tales como la identidad

* Abogada por la Universidad Nacional de Córdoba; Doctoranda por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Responsable del Área de Tierras, Hábitat, Arraigo Rural y Pueblos Originarios de la Secretaría de Agricultura Familiar, Delegación Santiago del Estero.

e igualdad, así como principios del Derecho Internacional y Constitucional.

Asumir una postura frente a estos conceptos supone adoptar o rechazar ciertos remedios en la promoción de los derechos humanos, análisis que debe efectuarse necesariamente desde un plano interdisciplinario, si se desea una verdadera eficacia.

1. Comunidades originarias

Antes de iniciar el análisis exhaustivo de la problemática es importante definir el sujeto de atención, en este caso, el que se denomina o reconoce colectivamente como **comunidades originarias**.

En ese sentido, conviene diferenciar dos nociones conceptuales: pueblo y comunidad.

Pueblo o Nación Aborigen es el conjunto de familias socialmente organizadas, con un origen cultural común, cuya evolución y desenvolvimiento viene dándose en un territorio desde la época anterior a la constitución del Estado Nacional. Algunos lo identifican como etnias¹.

Comunidades Indígenas son el conjunto de familias socialmente organizadas con un origen cultural común que integran un pueblo indígena del que forman parte².

1 Figueroa, Viviana Elsa, "Ambiente, derechos humanos y comunidades indígenas", en: *Derechos humanos y ambiente en la República Argentina, propuestas para una agenda nacional*, Cap. 2. Centro de Derechos Humanos y Ambiente, Ed. Advocatus, Córdoba, junio de 2005, pág. 130.

2 *Ibidem*, pág. 131.

Así, se puede deducir que entre estas dos nociones existiría una relación de género o especie, pero a lo largo del presente texto podrían ser utilizados de manera indistinta.

Las comunidades originarias merecen especial atención, más aún en el marco del Derecho Internacional. Definirlas presenta diversas controversias, por ejemplo, algunos Estados se han opuesto al uso del término “indígena” con respecto a grupos de su población. Sin embargo, pueden observarse diversos intentos de definición.

Tomando como base el principio de la autopercepción, José R. Martínez Cobo, Relator Especial de la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, las ha definido de la siguiente manera:

Comunidades, pueblos y naciones indígenas son aquellos sectores no dominantes en la sociedad, y se muestran determinados a preservar, desarrollar y transmitir a generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica, como base de su existencia continua como pueblos, de acuerdo a sus moldes culturales, sus instituciones sociales y sistemas legales propios³.

En lo que respecta a la continuidad histórica, ésta puede consistir de diversos factores, tales como la ocupación de tierras ancestrales, origen común con los ocupantes autóctonos de esas tierras, cultura general, idioma o residencia. La pertenencia a tales grupos se define por autoidentificación de sus miembros, y el reconocimiento y aceptación del grupo.

3 Martínez Cobo, José R., *Study on the problem of discrimination against indigenous populations*, Cap. V. Naciones Unidas, doc. E/ CN. 4 Sub. 2/ 1986/7/ Add. 4, 14 de julio de 1983, pág. 4.

Una vez introducidas en los textos legales, las definiciones utilizadas han producido diversos conflictos en torno a la utilización de ciertos términos en sentido diferente al adjudicado por el Derecho Internacional, lo que se analizará a lo largo del presente texto. El hecho de detenerse en la identificación del sujeto de estudio no implica que las definiciones señaladas sean adoptadas taxativamente, sino que se intenta destacar la amplia gama que puede hallarse en el ámbito doctrinario. Así, una verdadera comprensión de estas definiciones nos lleva a analizar otras características presentes en estos grupos.

Se han identificado diversos parámetros para determinar cuándo nos encontramos frente a una comunidad originaria, tales como idioma, cultura propia y, especialmente, la conciencia de grupo. Por supuesto que criterios como estos no pueden aplicarse de manera inflexible, por lo que deben analizarse diversos factores específicos a cada caso. Así, es necesario señalar otras pautas tenidas en cuenta para la identificación de estos grupos, en el marco de una conciencia social vinculada con los sistemas de trabajo y la economía.

En consonancia con dichas pautas, el Convenio No. 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, aprobado en 1957 por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), reza en su artículo 1 que determinados grupos:

[Son] consideradas indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país, o en una región geográfica a la que pertenece el país, en la época de la conquista o la colonización y que, cualquiera que sea su situación jurídica, viven más de acuerdo con las instituciones sociales, económicas y culturales de dicha época que con las instituciones de la nación a que pertenecen.

En Argentina, la Ley 23.302 del año 1985⁴ define a estas comunidades como aquellos

[...] conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización, y se denominará indígenas o indios a los miembros de dicha comunidad.

Cabe adelantar que con la sanción de la Ley 24.071, que aprueba el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989, no solamente se reconoce la existencia y los derechos de estas comunidades sino que, además, se las consagra jurídicamente como **pueblos indígenas**.

Ahora bien, en diversos momentos a lo largo de la historia se ha tomado conciencia de la exterminación de los integrantes de estas comunidades en el proceso de colonización. Más adelante, y una vez consagrada la paz, se pueden ver nuevos conflictos y problemas que han sobrellevado estos pueblos. Hoy se está frente a nuevas vulneraciones, producto del proceso de globalización, con sus tendencias a la generalización, la pérdida de identidad y los rasgos propios, la segregación y la asimilación, fundamentadas en la supuesta superioridad de aquellas personas que integran los grupos dominantes en un país y en la ineficacia de la aplicación de políticas de integración por parte del Estado, dirigidas a satisfacer las necesidades de los grupos vulnerados.

En este sentido, es importante señalar algunas disposiciones que han sido aplicadas ante la vulneración de derechos a estas

4 Ley sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes, disponible en: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/23790/texact.htm>>, a noviembre de 2015.

comunidades. Se han tomado diversas medidas en el plano internacional, tendientes a instaurar el reconocimiento y respeto de los derechos propios de las comunidades originarias, lo que permite confirmar la creciente importancia que reviste esta problemática. Entre ellas se encuentran estudios que analizan las condiciones de vida de las poblaciones indígenas. Una, temprana, es la Resolución 275 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), del 11 de mayo de 1949, que se hizo con la colaboración de organismos especializados y del Instituto Indigenista Interamericano, y que propició la investigación sobre la situación de las poblaciones aborígenes y de algunos grupos sociales que se encontraban en desventaja, en los Estados americanos que solicitasen el estudio.

En su Resolución 2497, la Asamblea General de la ONU afirmó la importancia de implementar medidas necesarias para que en los países y territorios que aún se encontraban sometidos a ocupación colonial y extranjera, la educación se llevara a cabo con respeto a las tradiciones nacionales, religiosas y lingüísticas de la población autóctona, es decir, para que ésta no fuera impartida con fines políticos. En el marco del Consejo Económico y Social de la ONU (ECOSOC), la Resolución 313, del 24 de julio de 1950, subraya la necesidad de elevar las condiciones de vida de las poblaciones aborígenes. Más adelante, en 1953, la Oficina Internacional del Trabajo preparó un estudio titulado "Poblaciones indígenas", en el que se examinan las condiciones de vida y de trabajo de diversas poblaciones indígenas y tribales radicadas en países independientes.

Con miras a la inserción progresiva y la eficacia en la garantía de derechos para estas comunidades, en 1989 se aprueba el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, en el marco de la Conferencia Internacional del Trabajo. Igualmente, diversas organizaciones

internacionales –tales como la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)– han llevado adelante actividades relacionadas con estas poblaciones.

Se han presentado diversos ejemplos sobre medidas adoptadas con relación a las comunidades originarias –sin entrar en detalles respecto de su relevancia ni de manera exhaustiva– para afirmar la importancia de esta problemática a nivel universal y entender la centralidad del reconocimiento de estos sujetos de derechos, que efectúan reclamos que merecen ser atendidos.

2. Su caracterización como “minorías”. Evolución histórica en el Derecho Internacional

Con la evolución de los estándares sobre las minorías en el Derecho Internacional es necesaria la clara definición acerca de qué grupos constituyen **minorías**. Muchos documentos internacionales iniciales hacen referencia a este concepto, por lo que la creciente preocupación y el interés hicieron relevante el aunar esfuerzos para clarificar este concepto.

En el marco del Derecho Internacional existen diversas normas que incluyen derechos asignados a minorías, más específicamente en el campo de los derechos humanos, y esto se torna relevante si analizamos que las sociedades contemporáneas se distinguen por la multiplicidad y diversidad de grupos que las componen. Estas normas surgieron en Europa, como consecuencia de los arreglos de fronteras posteriores a la Primera Guerra Mundial.

No existe una definición única y generalmente aceptada. Al respecto se han pronunciado diversos juristas, sociólogos e incluso tribunales internacionales y la ONU. En 1977 un estudio amplio y detallado fue sometido por Francesco Capotorti, experto especial designado por la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías⁵. En él Capotorti enumera como los principales motivos en contra de tener una definición unívoca la necesidad de una proporción numérica entre la minoría y la población total, la interacción entre criterios objetivos y subjetivos, la determinación de criterios técnicos y jurídicos, y la inclusión o no de casos de poblaciones indígenas.

Otras definiciones han sido dadas por fuentes calificadas, como la Corte Permanente de Justicia, en su opinión consultiva del 31 de julio de 1930 referente al Convenio Greco-Búlgaro sobre emigración. Ahí se indica que una minoría se constituye por[...] un grupo de personas que viven en un determinado país o lugar, que tiene su propia raza, religión, lenguaje y tradiciones y que están unidas en esa identidad en un sentimiento de solidaridad, con vistas a preservar sus tradiciones, mantener sus normas de culto, asegurar la instrucción y educación de sus hijos conforme el espíritu y las tradiciones de su raza, y prestarse ayuda mutua los unos a los otros⁶.

En 1949, el Secretario General de la ONU sometió a la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de Minorías un detallado memorial sobre la definición y clasificación de minorías. Pese a que en éste no se proponía una definición formal, puede vislumbrarse la variedad de posibles

5 ONU, *Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas y lingüísticas*, E/CN. 4/Sub. 2/3847 Rev. 1, 1979. Este ha sido seleccionado como muestra ilustrativa, pues existen otros que no son abordados en el presente texto.

6 CPIJ, Ser. B, No. 17, pág. 19.

critérios y situaciones en lo que a este concepto respecta. En vista de las dificultades para coincidir en una definición, así como debido a las connotaciones históricas negativas del término, se sugirió descartar la palabra “minoría”, surgiendo como propuesta la de utilizar en su reemplazo términos tales como grupos étnicos, religiosos, culturales y tribales, entre otros. Para algunos autores el elemento cuantitativo es accesorio.

La ONU admite, inclusive, la posibilidad de usar la expresión “mayorías en situación minoritaria”:

[...] durante el régimen comunista la población cristiana fue numéricamente mayoritaria, aun cuando pudiere calificarse de minoría; y, sin duda, bajo el régimen de *apartheid* en Sudáfrica, la mayoría negra fue también una minoría⁷.

Esta propuesta fue realizada en el seminario celebrado en 1974 en Ohrid, Yugoslavia, sobre la promoción y protección de los derechos humanos de las minorías étnicas y otras⁸. Presenta complicaciones en materia de pueblos indígenas, ya que se encontrarían excluidos a no ser que se los considere como grupos tribales.

En algunos tratados se incluyeron disposiciones para asegurar el goce de derechos particulares para ciertas minorías específicas, nominalmente designadas.

7 De “Mayorías minoritarias” habla J. de Lucas, 1993, pág. 101, citado por Sanchís, Luis Pietro, “Igualdad y minorías”, *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año II, 1995, No. 5, Ed. Universidad Carlos III, Madrid, España, pág. 121.

8 ONU, “Seminar on the Promotion and Protection of the Human Rights of National, Ethnic, and Other Minorities”, Doc. ONU ST/TAO/HR/49, Ohrid, 1974.

Estas disposiciones debían ser consideradas por los Estados respectivos como leyes fundamentales, y no podían ser derogadas por medio de legislación interna ordinaria. Las enmiendas a tales disposiciones sólo eran posibles mediante aprobación previa por una mayoría del Consejo de la Sociedad de Naciones. Las violaciones debían ser llevadas al conocimiento del Consejo por medio de cualquiera de sus miembros, y el Consejo podía en tales casos tomar medidas adecuadas. Las disputas entre los Estados miembros del Consejo y un Estado que hubiera violado alguna obligación bajo las provisiones minoritarias, podían ser sometidas a la Corte Permanente de Justicia Internacional, cuya jurisdicción era obligatoria⁹.

Desde 1920, los individuos o asociaciones que actuaban en nombre de un grupo minoritario podían someter peticiones o quejas al Consejo de la Sociedad de Naciones; tales comunicaciones debían ser examinadas por un comité compuesto por tres integrantes del Consejo. A partir de 1921, todas las peticiones debían ser comunicadas al Estado afectado a fin de recibir sus comentarios antes de la consideración de la queja. En 1923 el Consejo determinó las condiciones de admisibilidad de las peticiones¹⁰.

En cuanto al control judicial, la Corte Permanente de Justicia Internacional intervino en tres disputas sobre minorías, dos de las cuales fueron desistidas por los peticionarios. En 1925 decidió el caso sobre el derecho de las minorías en la Silesia Superior. El art. 11 del Tratado de Polonia protegía a los judíos contra

9 Nuñez Seixas, Xoxé M., “La cuestión de las minorías nacionales en Europa y la Sociedad de las Naciones (1919-1939)”, en: *Minorías nacionales y derechos humanos*. Ed. Universidad Carlos III y Congreso de Diputados, Madrid, 1998, págs. 45 a 87.

10 Lerner, Natán, *Minorías y grupos en el Derecho Internacional. Derechos y discriminación*. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1990.

intentos de obligarlos a ejecutar acciones que constituyeran una violación de su sábado, con la excepción de obligaciones impuestas a todos los otros ciudadanos polacos con relación al servicio militar, la defensa nacional o la preservación del orden público. Esta situación produjo varias opiniones consultivas de interés permanente con respecto a los derechos de las minorías.

El mecanismo esbozado llegó a su fin con la desaparición de la Sociedad de las Naciones, cambiando radicalmente con la instauración de la ONU y el contexto mundial que se avecinó luego de la Segunda Guerra Mundial. El énfasis en cuanto a la protección de los derechos humanos pasó de la protección del grupo a la protección de los derechos y libertades individuales –en forma casi exclusiva– y la consagración del principio de no discriminación.

En función de esto, la Declaración Universal de Derechos Humanos no hace referencia a los derechos colectivos y se concentra en el derecho de los individuos. Con el transcurso de los años, la comunidad internacional tomó conciencia de que la norma de no discriminación y el sistema de protección centrado en el individuo no son suficientes para asegurar los derechos de los individuos como integrantes de un grupo, ni para proteger los derechos de grupo en cuanto tal. Esto que se torna particularmente evidente en el caso de sociedades multiétnicas, multiculturales o multireligiosas. Diversos instrumentos denotan este cambio frente a los grupos y sus derechos¹¹.

Las minorías –étnicas, religiosas, raciales, entre otras–, se han visto históricamente forzadas a la asimilación, por lo que

11 Son ejemplos, entre otros, la Carta Comunitaria sobre Idiomas Culturas Regionales, la Carta sobre los Derechos de las Minorías Étnicas, el Acta Final de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa, la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos.

el Derecho debería propiciar la integración como solución alternativa. Hablar de integración implica la no eliminación de la identidad cultural de los grupos minoritarios y el reconocimiento de los derechos colectivos como derechos humanos.

En el sistema de Naciones Unidas se tuvo que aguardar a 1966, año en que fueron aprobados los pactos internacionales de derechos humanos. Éstos consiguieran la reaparición de los derechos colectivos en el plano internacional con la expresa mención al derecho a la libre determinación de los pueblos y a los derechos de las minorías¹². El primer paso fue el reconocimiento de la existencia de los grupos minoritarios por parte del Estado, que no debe estar basado en la discrecionalidad del poder de turno, sino en la objetiva existencia de estos grupos.

Pero este no sería el único recaudo para lograr la efectiva y plena integración. Lo novedoso es el reconocimiento de derechos específicos que corresponden a colectivos en atención a su particularidad, y el garantizar la eficacia de los mismos en su relación con los demás ciudadanos del Estado, incluidos el resto de los integrantes de las respectivas minorías, además de crear las condiciones que permitan que continúen con su desarrollo y existencia¹³. Se trata de una obligación sumamente compleja.

En cuanto al ejercicio de dichos derechos, éstos no se ven supeditados a que los integrantes de esas minorías sean ciudadanos del Estado, ni residentes permanentes; tampoco al establecimiento de normas que les atribuyan legitimidad activa para actuar por medio de representantes en defensa de

12 Dieciséis casos sobre pobladores de origen alemán en territorios cedidos por Alemania a Polonia, 1923; adquisición de la nacionalidad polaca, 1933, entre otros.

13 Diaconu, Ion, *Minorities from non-discrimination to identity*. Ed. Lumina Lex, Bucarest, 2004, pág. 69.

sus derechos. Los derechos que se atribuyen y reconocen no se refieren a los grupos en cuanto tales, sino a los individuos integrantes de esas minorías. Se trata de derechos puramente individuales o derechos que gozan y ejercen en común con los demás integrantes del grupo¹⁴.

3. Discriminación positiva e igualdad de derechos

El pensamiento liberal ha visto siempre con desagrado la posibilidad de favorecer a ciertos grupos, afirmándose en la idea de que los derechos deben ser iguales para todos, lo que resulta poco atractivo frente a situaciones caracterizadas por la existencia de problemas de desigualdad. Por esta razón, se torna necesario implementar medidas orientadas a asegurar la plena integración social de las minorías. Estas medidas se conocen generalmente como formas de discriminación positiva¹⁵ o acción afirmativa. Encontramos también quienes sostienen que dichas medidas van en contra del concepto básico de los derechos individuales, idea según la cual cada persona tiene derecho a un trato igualitario, sin distinciones ni acciones basadas en factores como la raza u otros¹⁶. Cabe recordar, sin embargo, que frente a situaciones en las que se vulnera la dignidad humana de los sujetos que conforman estas minorías, impera la exigencia de que le sean respetados sus derechos y libertades fundamentales. Esto en la medida que ellos “encuentran su fundamento en el

14 Menéndez Mariño, “Derecho Internacional contemporáneo y protección de las minorías y de sus miembros”, en: *Minorías nacionales y derechos humanos...* pág. 102.

15 Gargarella, Roberto, *Derechos y grupos desventajados*. Ed. Gedisa, Barcelona, 1999, pág. 12.

16 Ensayo originariamente publicado bajo el título “Affirmative action”, en: Gostin, Larry (comp.), *Civil liberties in conflict*. Routledge, Nueva York, 1988. Traducido por Roberto Gargarella.

hombre en virtud de su naturaleza y el Estado no debe sólo limitarse a reconocerlos y protegerlos”¹⁷.

En pocas palabras, el ser humano se constituye en eje y centro del sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo, su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental¹⁸. La aplicación e interpretación del Derecho debe hacerse en esta dimensión personal del ser humano y su especial dignidad, tal y como afirman las normas internacionales derivadas de la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

a. Nociones de igualdad

En materia de discriminación positiva es importante analizar el sentido de igualdad al cual adherimos para construir una posición sólida sobre la materia. De esa manera, es posible pronunciarse en contra o a favor de la misma. La Carta Magna de la República Argentina consagra, en su art.16, el principio general según el cual “todos los habitantes de la Nación Argentina son iguales ante la ley”. A su vez, con la reforma efectuada en el año 1994 se abordó en diversos artículos de la misma la temática de la igualdad, y se programaron acciones judiciales contra la discriminación, respecto del amparo y el hábeas data.

Si nos centramos en la unidad de la naturaleza del género humano y la dignidad de la persona humana, podemos identificar claramente que la diferenciación de ciertos grupos frente a

17 Álvarez Londoño, Luis Fernando, “Un nuevo orden internacional”, *Jurídicas*, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Santa Fe de Bogotá, 1997, pág. 155.

18 Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), caso “Campodónico de Beviacqua”, fallos 323:3229, 3239, considerando 15 y cita 13, Argentina.

otros es insostenible, por lo cual no se admite la discriminación del goce de derechos ni otra forma de diferenciación en el tratamiento del Derecho frente a seres humanos que poseen una única e idéntica naturaleza.

En el ámbito internacional estas disposiciones encuentran consonancia con diversos instrumentos que consagran dicho principio¹⁹. Es importante destacar que al proclamarse a favor de la igualdad, se pueden dar dos posibles interpretaciones: una formal, según la cual se pretende el reconocimiento de la igualdad ante la ley, pero que implica neutralidad por parte del Estado, lo que se traduce en no procurar la nivelación de las desigualdades de hecho existentes en una sociedad; como contrapartida se encuentra la igualdad real de oportunidades, en la que muchas veces se ha sostenido el modelo del Estado Social de Derecho, y según la cual se procura, mediante ciertas acciones, remover obstáculos culturales, políticos o económicos que limiten de hecho la igualdad entre los seres humanos.

En otras palabras, la igualdad real supone una tarea de promoción para el acceso efectivo a los derechos personales. La igualdad de oportunidades –que puede considerarse como una especie de “versión liberal del igualitarismo”– persigue fundamentalmente la paridad en el punto de partida, es decir, aspira a que todas las personas tengan las mismas posibilidades de obtener el respeto de sus derechos partiendo de igual base, o al menos de que exista una competencia en la que ninguna persona goce de ventajas iniciales o un tratamiento de favor²⁰. En el derecho estadounidense esta idea de igualdad da lugar a la acción positiva para conseguir igualdad particular en pro de los derechos de las minorías, lo que genera la discriminación

19 Pacto de San José, arts. 6, 23 y 24.

20 Somaini, Eugenio, *Uglianza. Teorie, politice, problemi*, Cap. III. Ed. Donzelli, Roma, 2002.

positiva de manera tal que el grupo discriminado es dotado con más prerrogativas. La reforma constitucional argentina efectuada en 1994, incorpora a su Bloque de Constitucionalidad el principio de la igualdad real de oportunidades con el ejercicio de una modificación del techo ideológico y del sistema normativo anterior.

Habitualmente, la Corte Suprema de Justicia de Argentina²¹ emplea una serie de estándares para definir el alcance de la igualdad según la Carta Magna. Entre ellos podemos encontrar la flexibilidad en la interpretación; la discriminación objetiva en la que se formulan distinciones entre supuestos, de manera que no resulten arbitrarios y obedezcan a propósitos de injusta persecución o privilegios indebidos; la igualdad en igualdad de circunstancias. Esto lleva a legitimar las desigualdades en el caso que la Ley contemple de manera distinta situaciones que son iguales, pero no si se contemplaran casos que son entre ellos diferentes y que merecen ser evaluados como tales²².

En ese sentido, amerita traer a colación una expresión de Gray, quien sostiene que no podemos tratar a las personas de forma igual, a menos que sepamos cuáles son sus intereses. Los conflictos de intereses que se erigen sobre conflictos de valores plantean una crítica muy fuerte al principio de igualdad entendido desde una perspectiva liberal. No puede concebirse ni aplicarse este principio de manera universal, como tampoco puede pensarse que “el tratamiento semejante” involucre la satisfacción de bienes idénticos para todos²³.

21 CSJN, casos “Leal” y “García Monteavaro”, fallos, 184:398 y 238:60.

22 Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, T. II, segunda edición. Ed. Astrea, 1997, págs. 436 y ss.

23 Gray, John, *Las dos caras del liberalismo. Una nueva interpretación de la tolerancia liberal*. Ed. Paidós, Barcelona, 1991, pág. 107.

El reconocimiento de lo diferente involucra mucho más que la aceptación “en abstracto” de la igualdad de las personas. Esto en la medida en que el desafío está constituido precisamente por dimensiones valorativas diferentes y, en mucho, inconmensurables²⁴. En el caso de los pueblos indígenas, la igualdad no significa otra cosa que un **tratamiento diferenciado** que tenga presente diferentes concepciones y que se enmarque en un contexto histórico. Ello lleva claramente a la admisión de la existencia de otros valores, tal vez muy alejados de los que imperan en la “sociedad mayor”.

En definitiva, los sujetos de estos grupos minoritarios requieren para el acceso a sus derechos de un principio de igualdad con contenido, que les permita profundizar sus conquistas dentro de un determinado proceso histórico que contextualiza sus demandas y legitima sus luchas. Un principio de igualdad carente de significado político, que justifique la existencia de determinados derechos y constituya un fundamento para la construcción de una sociedad democrática y los procesos de conquista de derechos.

En este orden de ideas, y bajo este nuevo sentido de la igualdad, se puede justificar la discriminación positiva si se entiende que, con ella, se propicia a la reparación histórica de la discriminación que han sufrido ciertos grupos, y que ella se utilizaría como instrumento de cohesión e integración en la sociedad. De esa manera, tampoco se podría realizar una construcción *a priori* de lo que se entiende por ella, sino que la misma asumiría una entidad multiforme que depende de las circunstancias que rodeen a cada sociedad y Estado, adquiriendo diversas magnitudes y aplicaciones disímiles. Esto se puede traducir en medidas legislativas y fundamentos de decisiones judiciales, entre otros, a modo de ejemplo.

24 *Ibidem*, pág. 107.

Es importante aclarar que la discriminación positiva es, en muchos casos, el único remedio para efectivizar la protección de los derechos fundamentales. Un análisis del caso puntual que nos concierne cumpliría un papel simbólico y de reparación histórica hacia las comunidades originarias, que han sido habitualmente marginadas y sus reclamos pospuestos. Pero el análisis de lo que se entiende por igualdad y las medidas de discriminación positiva es aplicable para un sinnúmero de situaciones, que excede a las comunidades originarias, ya que las propias capacidades personales están influidas por lo social y, ya al nacer, nos vemos frente a otros grupos desventajados en desigualdad de condiciones. Es así que puede sostenerse que:

Son Derechos Fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que correspondan universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, definición teórica que prescinde de las circunstancias de hecho de que tales derechos se encuentren formulados en cartas constitucionales o leyes fundamentales, e incluso del hecho de que aparezcan enunciados en normas de derecho positivo²⁵.

b. Igualdad y su caracterización como norma de *ius cogens* en el plano del Derecho Internacional

El principio de protección igualitaria a los seres humanos y la no discriminación constituyen los pilares fundamentales del sistema que tutela los derechos humanos y son consagrados en diversos instrumentos internacionales²⁶. En el ámbito de la

25 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Ed. Trotta, Madrid, 1999, p g.37.

26 A saber, Carta de la OEA (art. 3.1), Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1 y 24), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del

doctrina y jurisprudencia internacional, se han reconocido como principios de *ius cogens*, lo que los consagra como base para la defensa de los derechos fundamentales, influyendo a todo el ordenamiento jurídico y funcionando como instrumentos de control frente a las acciones de operadores jurídicos o actuaciones del Estado, que se encuentran directamente obligados a prohibir prácticas discriminatorias. Ambos principios se relacionan y funcionan casi de manera inescindible, y la eficacia de uno depende en cierta forma de la ejecución del otro.

Cabe recordar que al referirnos aquí a la prohibición de discriminar se alude a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, y que redunde en detrimento de los derechos humanos²⁷, por lo que sostener como aplicables criterios de discriminación positiva no implica una contradicción a estos principios fundamentales.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha definido a la discriminación como

[...] toda distinción, exclusión, restricción, o preferencia que se base en determinados motivos como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier condición

Hombre (art. 2), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 3), Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2 y 7), Carta de Naciones Unidas (art.1.3), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2.2 y 3), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.1 y 26), Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (arts. 4.f, 6 y 8.b), entre otros.

27 Corte Europea de Derechos Humanos, Case of Willis v. The United Kingdom, Judgment of 11 June, 2002, párr. 39; Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands, Judgment of 4th June, 2002, párr. 46.

social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas²⁸.

En consonancia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que no toda distinción puede considerarse ofensiva ni discriminatoria y que, por ende, serán aceptables aquellas que se realicen con base en desigualdades de hecho y que tiendan a la protección de quienes aparezcan jurídicamente débiles²⁹. Así, la discriminación positiva es un instrumento para la protección y la promoción de los derechos humanos.

En cuanto a la aplicación de dichas distinciones, éstas deberán realizarse de manera razonable y proporcionada y tendiendo el fin de igualar en condiciones a aquellas personas que se encuentren en situaciones de inferioridad, ya sea en el plano jurídico o fáctico, no siendo aplicables distinciones que, bajo la excusa de estos criterios, encubran favoritismos o preferencias que constituyan prácticas discriminatorias.

4. Universalidad o diferenciación de derechos

No se trata de dar la espalda a la universalidad de los derechos humanos, bien entendida. De lo que se trata es de entender el sistema de derechos humanos como un conjunto de valores morales, traducidos en un marco normativo y trasladados a una dimensión política, que tienen validez en un

28 ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No Discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37, párr. 7.

29 Corte IDH, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 83.

tiempo determinado, y cuya jerarquía no sólo tiene relación con parámetros individualistas, sino que deben tenerse presentes otro tipo de valores, asentados en referentes colectivos, de igual o mayor peso que los primeros. Los sujetos colectivos se asientan en valores que no necesariamente coinciden con lo que es valioso para las personas en su individualidad. Pero en la lucha por los derechos, en los procesos de conquista, han sido precisamente los sujetos colectivos los que se han destacado y quienes se han convertido en referentes para, finalmente, alcanzar el reconocimiento de esos derechos.

Así, aquí se sostiene que los pueblos indígenas poseen necesidades y demandas específicas que requieren a su vez respuestas concretas. Éstas no podrán darse si no se analiza y trabaja desde la estructura básica del problema, la que exige el replanteamiento de ciertos conceptos, de manera que este nuevo enfoque permita la creación de medios eficaces de garantía a sus derechos.

5. Pluriculturalidad

Clarificar qué puede entenderse como pluriculturalidad³⁰ y su puesta en práctica en el ámbito del Derecho, puede convertirse

30 En el presente trabajo, el término **pluriculturalidad** se centra en la idea de la diversidad cultural y de las exigencias para que ésta se concrete; por ello será utilizado indistintamente y equiparado al sentido de multiculturalidad e interculturalidad, aunque ciertos autores hacen distinciones entre estos términos, señalando las diferencias entre los prefijos y expresando que al decir “multi” se hace referencia a varias –más de dos– culturas; “pluri” se refiere al menos a dos culturas; “inter” se refiere a “entre” culturas. Robledo, Federico Justiniano, “La necesidad de humanizar la legislación de protección a nuestros pueblos indígenas”, *Revista Debates de Actualidad de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, Año XX, No. 195, Mayo/Noviembre de 2005, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 27 de octubre de 2005, pág. 24.

en una útil herramienta para la promoción y eficacia de los derechos humanos.

El proceso globalizador que se da en el plano internacional hace más preocupantes los reclamos de las minorías, ya que éstas deben efectivizar sus reclamos en medio de un caos producido por las tecnologías de la información y la comunicación, y la pérdida de lo local, entre otros factores.

La Historia nos muestra que numerosas minorías han sido asimiladas de manera total o parcial a sus sociedades, lo que ha dado como resultado la pérdida de sus culturas y de sus rasgos característicos, para pasar a formar parte de la masa social. Pero la existencia objetiva de estas minorías no debe ser puesta en duda, ni mucho menos utilizada como objetivo político. La construcción de su identidad se inicia justamente con el reconocimiento de la realidad de la que forman parte y con una protección discriminada, que debe darse con el fin de equiparar su posición con la de la mayoría de la sociedad.

La protección de los derechos humanos y de la identidad de las comunidades originarias se convierte en un factor de democracia y de fortalecimiento de la sociedad, ya que no entender la necesidad de esa protección y, como resultado, llevar a cabo la destrucción de otros valores por ser distintos a los mayoritarios, puede llegar a ser equiparado a modelos de anarquía, aunque se ejerza de manera implícita.

La democracia puede aparecer como límite y requisito básico para el respeto de los derechos humanos de las personas inmersas en grupos minoritarios, pero aun en regímenes no democráticos es importante introducir una noción –más en el plano del Derecho Internacional– que permita proteger las demandas de estos grupos. Es así que la noción de pluriculturalidad toma mayor relevancia. Introducirla en el plano del Derecho nos

permite aceptar políticas para promover ciertos derechos y su efectivo ejercicio, e incluso, pueden posibilitar la creación de instituciones que sirvan de vehículo para dicha efectivización.

La pluriculturalidad nos obliga a pensar en términos de diferencia, ya no de igualdad. Es una construcción que, desde el ámbito legislativo, puede dar respuestas a una realidad plural, entendiendo la existencia de una identidad diferenciada en vez de pura y homogénea, compleja y no monista, apartándose del plano de los hechos y analizando aquel correspondiente a los valores³¹.

Conclusión

La realidad en la que se ven inmersas las comunidades originarias nos interpela, como operadores jurídicos, a ir más allá de ideas tales como la unidad y la subjetividad, la universalidad y la identidad, para centrar la atención en nuevas formas de acción. La pluriculturalidad, como resultado de la instauración de la idea del pluralismo en una sociedad, permite la convivencia de grupos étnicos que se relacionan interdependientemente, que conservan sus costumbres y, lo más característico, el goce de la igualdad de derechos pese al reconocimiento de sus particularidades. Implica la erradicación de la idea de superioridad de ciertos grupos frente a otros y el respeto pleno a la autonomía de voluntad de sus integrantes.

La aplicación de la pluriculturalidad en el plano normativo no es la única receta existente como remedio para esta realidad de las sociedades contemporáneas. Estas culturas coexistentes

31 Spaventa, Verónica, "Multiculturalismo, derechos humanos, infancia y género", *Revista Interdisciplinaria en Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia*, Lexis Nexis, Buenos Aires, Vol. II, Mayo-Junio, 2007, pág. 199.

merecen ser idénticamente atendidas, ya que sus intereses son iguales a los de aquellos que corresponden a la mayoría, de suma entidad.

El respeto a su diversidad cultural encuentra también límites que no deben ser franqueados, constituidos por los propios derechos humanos que se busca tutelar, y que se constituyen en instrumento de medición a las políticas o decisiones llevadas a cabo en torno a la materia, los cuales pueden ser analizados con mayor detenimiento al abordar las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por lo expresado arriba se puede sostener que los derechos humanos gozan del carácter de orden público, por lo que no se puede legítimamente suprimir el goce y el ejercicio de los mismos, ni limitarlos de alguna manera. Esta obligación está referida tanto a la actividad de los Estados como a cualquier grupo o persona, en virtud de que los derechos revisten la categoría de *erga omnes*, es decir, se hacen valer frente a todos. Esto surge de los arts. 29, 30 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido atentamente a la noción de orden público y la relevancia de sus análisis, señalando que “expresa las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios”³².

32 En este sentido, destacando este rol de los tribunales en un Estado constitucional de Derecho, se ha sostenido desde la doctrina especializada que “la incorporación de los derechos fundamentales en el nivel constitucional, cambia la relación entre el juez y la ley y asigna a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos [...] en esta sujeción del juez a la Constitución, y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes, legislativo y ejecutivo,

aunque sean –o precisamente porque son– poderes de la mayoría. Precisamente porque los derechos fundamentales sobre los que se asienta la democracia sustancial están garantizados a todos y a cada uno de manera incondicionada, incluso contra la mayoría, sirven para fundar [...] la independencia del poder judicial, que está específicamente concebido para garantía de los mismos”, Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías...* págs. 26 y ss.

