

# Sobre derechos humanos internacionales, contextos políticos y amor<sup>1</sup>

Martti Koskenniemi

Diplomático. Catedrático de Derecho Internacional Público y Director de Instituto Erik Castrén de la Universidad de Helsinki. Global Professor de Derecho de la Universidad de Nueva York.

*SUMARIO:* I. EL PEDIGRÍ DE LOS DERECHOS.—II. LOS DERECHOS HUMANOS COMO RESULTADO DE LA POLÍTICA.—III. LA FUNCIÓN DE LOS DERECHOS EN UN CONTEXTO.—IV. LOS DERECHOS EN SU LUCHA HISTÓRICA.—V. UNA TAXONOMÍA DE ESTRATEGIAS EN TORNO A LOS DERECHOS.

Los derechos humanos son como el amor, tan necesarios como imposibles de alcanzar. No podemos vivir sin ellos, pero tampoco podemos tenerlos. Tan pronto como estamos comodamente instalados en un determinado orden social que promete garantizar nuestros derechos, ese orden comienza a hacérsenos opresivamente totalitario. Necesitamos nuevos derechos o nuevas interpretaciones de los viejos derechos. La rutina mata el amor de la misma manera que mata los regímenes de derechos. Es bueno luchar por los derechos, así como alcanzarlos finalmente: en Francia entre 1789 y 1791, en Sudáfrica en 1994, en la Alemania del Este o en Rusia en el breve período posterior a 1989. Cuando el tirano cae hay danzas en las calles.

---

<sup>1</sup> De la conferencia impartida en Madrid el 21 de mayo de 2001, en las Jornadas Internacionales, organizadas por el Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, bajo el título «nuevas perspectivas de los derechos humanos». Traducción castellana de MARÍA JOSÉ FALCÓN Y TELLA.

Pero la mañana siguiente es fría y llega necesariamente. ¿Por qué?

Hoy quiero discutir la paradoja de un Derecho Internacional que se propone crear espacio para una normativa no política bajo la forma de derechos humanos, que serían oponibles a las políticas de los Estados, pero que se resquebraja por la experiencia de que el significado de los derechos, así como el modo en que son aplicados, puede determinarse solamente por las políticas estatales. Esto pone a los legisladores reformistas en una difícil situación, entre un entusiasmo naíf y un suave cinismo. Una trampa psicológica familiar, yo creo. Para reformular el «*ethos*» emancipatorio de los derechos es necesario tener en cuenta su carácter abierto-no acabado, su naturaleza irreductiblemente política, el modo en que conducen a una dialéctica entre el universalismo y el particularismo, el individualismo y el comunitarismo, y quizás, como el amor, a veces hacen que los dos parezcan uno, aunque siempre sea sólo por un instante.

## I. EL PEDIGRÍ DE LOS DERECHOS

¿Qué derechos tenemos? Una primera paradoja que quiero examinar tiene que ver con el modo en que concebimos los derechos, como un aspecto de la vida social que, aunque muy importante, no nos ha sido dado más que recientemente. Esto me permite describir las políticas de los derechos desde una perspectiva histórica. La respuesta usual a la pregunta «¿qué derechos tenemos?» hace referencia a la reacción internacional frente a las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial. Gran número de recientes ensayos pretende que la Declaración Universal de Derechos Humanos:

«...representó una evolución histórica en las normas de la Sociedad Internacional, que desde el siglo XVII en adelante ha mantenido que las prácticas internas de los gobiernos no estaban sujetas a la competencia internacional»

Esto es tan evidentemente falso que nos otorga un buen punto de partida para examinar la peculiar debilidad de los derechos humanos hoy en día. Evidentemente, los juristas, reyes y gobiernos han criticado siempre a los gobiernos extranjeros por violar los derechos de sus súbditos. El Derecho Internacional no prohíbe la guerra hasta finales del siglo xx. Los motivos que acostumbraban a llevar a las naciones a la guerra fueron, desde luego, distintos. Pero no hay razón alguna para pensar que la pretensión *standard* para combatir a un tirano injusto fuera siempre equivocada o deshonesta. Las intervenciones occidentales en los Balcanes o en Tierra Santa en el siglo xix combinan una pretensión imperial con motivaciones humanitarias de un modo que revela mucho sobre la naturaleza de ambas. Es dudoso si algo parecido a un sistema de Derecho Internacional existió antes de finales del siglo xix. Pero cuando los primeros organismos competentes, periódicos y autoridades universitarias en el Derecho Internacional se establecieron, entre 1870 y 1885, ningún miembro importante de la nueva profesión se abstuvo de ondear la bandera de la humanidad, al mismo tiempo que las noticias sobre el despotismo se reflejaban en los titulares de la prensa diaria. Estaban alejándose de los antiguos sentimientos liberales victorianos, admiraban a los *philosophes*, y hablaban de los derechos inalienables que se derivaban de la naturaleza humana y tenían validez en Europa y en las colonias. Estos hombres eran firmes defensores de la *mission civilicatrice*, indisociable de su carácter humanista.

El pedigrí de los derechos universales desde Vitoria a Grocio, de Kant a las Naciones Unidas, es subrayado en uno de los tratamientos monográficos sobre el tema, realizado por un especialista en Derecho Internacional, Hersch Lauterpacht, en 1950. Como refugiado desde Galicia y Viena en los años veinte, Lauterpacht se convirtió en catedrático de Derecho Internacional en Cambridge y en 1950 era uno de los juristas más respetados de su generación. Su libro se componía de dos partes. Una narraba el argumento contra la soberanía estatal, que se había con-

vertido en un lugar común en la doctrina desde comienzos de los años veinte. Pero lo hacía intentado reencontrar el patrón occidental de derechos humanos derivado no sólo de los pensadores iluministas, sino también del humanismo religioso del siglo XVI e incluso del dogma estoico. La segunda parte del libro atacaba la Declaración Universal de Derechos Humanos, dado que la misma no proveía de sistema de protección alguno para hacerse efectiva y no era, por tanto, legalmente vinculante. Su adopción había provisto perversamente a los Estados de la oportunidad de declarar públicamente que no eran legalmente responsables de las violaciones de los derechos individuales. La Declaración no sólo no estaba desprovista de trascendencia; es que era dañina, un sustituto más que un ejemplo para la acción.

Estos argumentos merecen atención. En 1950 Lauterpacht fue tajante al afirmar que los derechos humanos formaban el corazón del Derecho Internacional. Argumentando esto, decía que se limitaba a continuar una tradición del pensamiento occidental que provenía de la filosofía griega. La diplomacia de los Estados —es decir, la Declaración Universal— no podía ni garantizar ni despojar de dichos derechos. El hecho de que la Declaración crease ese peligroso desacuerdo derivaba precisamente del dato de que eso era lo que sugería.

Hoy todo esto contradice la ideología que ve los derechos humanos universales como fundados, en cierto modo, en 1948. ¿Por qué, si estamos incluso dispuestos a considerar a Sir Hersch probablemente como el más importante jurista internacional de la pasada generación, sin embargo, estamos tan en desacuerdo con él en este punto? La respuesta, me temo, es que, a diferencia de Sir Hersch, nosotros ya no nos tomamos en serio la tradición en la que los derechos humanos crecieron, pero «fragmentando una más antigua tradición, apropiándose de partes de ella, aunque dejando detras de sí premisas cruciales que daban a esas partes su coherencia de base». Como consecuencia, los derechos se han convertido, a lo sumo, en un recuerdo sentimental en una fe política que noso-

tros ya no compartimos —un amor que hemos perdido— pero que no se adecua con los rituales de la política moderna. En el peor de los casos los mismos se han convertido en una fachada propensa al cinismo y en un instrumento de hegemonía.

En la tradición que Lauterpacht quería resucitar en el período posterior al Holocausto —en el que la mayor parte de su familia, polaca, pereció— el concepto de derechos humanos cobraba sentido unas veces a la luz de las Escrituras, otras a partir de un concepto de naturaleza humana uniforme, o de una filosofía de la historia como progreso, o del concepto autónomo de razón. Pero, hoy en día, el naturalismo, el racionalismo y la religión se han convertido cada uno de ellos en vulnerables a la interpretación y a la sospecha derivadas del mismo Iluminismo que nos dio la noción de derechos en un primer momento. El fundamento moral de los derechos, que era esencial para Vitoria, Grocio o Locke, ya no es válido en un mundo en el que la moralidad se ha convertido en un «sistema de valores» subjetiva e históricamente condicionado, y donde las antropologías de la humanidad han producido a la vez conclusiones liberales y racistas. Como el pensador de teoría política italiano Norberto Bobbio dijo, las ideas sobre la naturaleza humana se han vuelto ilusiones. No es sólo que no podamos encontrar las bases para los derechos humanos, es que «toda búsqueda de un fundamento último de ellos carece en sí misma de fundamento». Como consecuencia, en el mercado político, toda preferencia pretende tener el «*status*» de derecho, todo romance pretende ser un amor, y nosotros nos quedamos atónitos, sin saber cómo podría ser de otro modo.

He aquí la paradoja de los derechos humanos internacionales hoy en día. En una sociedad moralmente agnóstica, cualquiera tendría títulos para decidir sobre sus propias preferencias morales y políticas. Es este dominio de preferencias pre-políticas lo que los derechos pretenden proteger. Este es el significado del principio liberal de la prioridad de lo correcto sobre lo justo, o la teoría de los derechos como «triunfos» sobre la política, hecha famosa por

John Rawls y Ronald Dworkin. Perseguir un derecho es diferente de buscar un beneficio o de desarrollar una política. Ello supone límites para la política, por muy ampliamente respaldada o por muy útil que esta política pudiera ser. El legislador podría no ordenar que los ciudadanos ancianos fuesen alejados por la fuerza de sus casas o no crear una zona industrial en las tierras de una tribu primitiva, por muchas ventajas económicas que pudieran derivarse de ello para la sociedad en su conjunto. Las personas de edad o los componentes de una minoría tienen el derecho a vivir donde quieran. La fuerza especial de los derechos deriva de ser algo más que privilegios otorgados por las leyes. Ellos constituyen un límite a la legislación. En este sentido los derechos aspiran a existir más allá del sistema político. Aquí descansa también su especial fuerza. En una época de ideologías, los defensores de los derechos humanos son capaces de proyectar los derechos como políticas externas a las ideologías.

¿Pero, qué hay entonces más allá del sistema político y cómo podemos acceder a ello? Tradicionalmente los derechos formaban parte de un orden moral que determinaba lo que la política podría alcanzar legítimamente. Nosotros ya no creemos en tal orden moral o, al menos, encontramos terriblemente difícil establecer cuales son sus requerimientos, y nos consideramos completamente incapaces de convencer de nuestras intuiciones a aquellos que no las comparten. Sea lo que sea lo que los filósofos puedan decir, el significado social de los derechos se limita al contenido de los derechos legales, a las políticas institucionales que les dan sentido y aplicabilidad. De un límite o condición de la política, los derechos se convierten en el efecto de la política.

## II. LOS DERECHOS HUMANOS COMO RESULTADO DE LA POLÍTICA

Existen cuatro maneras en que los derechos condescienden con la política en el contexto de la práctica profe-

sional. Yo las llamo el campo de la constitución, la indeterminación, el derecho-excepción y los conflictos de derechos.

*El primero es el campo de la constitución*, el proceso por el cual un aspecto de la realidad llega a caracterizarse en términos de derechos. Pensemos en el modo en que las relaciones Este-Oeste se reformularon en el lenguaje de los derechos humanos en el proceso de la OSCE desde el Acta Final de Helsinki de 1975 a la Carta de París de 1990. Esto entrañaba una política delicada, una distribución de recursos y una disputa acerca de las competencias institucionales. Un buen ejemplo de lo anterior nos viene dado por la manera en que el Tribunal Europeo de Justicia modificó su jurisprudencia en los últimos años sesenta y setenta bajo la presión de los Tribunales Supremos de Alemania e Italia. Para defender su legitimidad frente a las Constituciones con un sistema de protección de los derechos, el Tribunal comenzó a caracterizar cuestiones de integración de mercado —especialmente las cuatro libertades— en términos de «derechos fundamentales».

Desde entonces muchos aspectos de las políticas comunitarias han comenzado a caracterizarse en términos de derechos humanos con las miras puestas en la adopción de la Carta Europea de Derechos Humanos en Niza. Nada de esto resulta políticamente inocente, desde luego: sólo algunos aspectos de la realidad son reconocidos como derechos mientras que otros no lo son: si los individuos pueden violar los derechos es algo que debe determinar todavía el Tribunal. Y los movimientos libres de personas han sido descritos hasta el momento como una función de la integración del mercado, más que como un aspecto objeto de la elección personal.

*Una segunda vía* en la cual los derechos se relacionan con la política se refiere a la *indeterminación* del lenguaje que versa sobre ellos. Discutiendo el concepto de «trato degradante», el Tribunal Europeo de Derechos Humanos llegó a la conclusión, prácticamente evidente, de que:

«La valoración es, por la propia naturaleza de las cosas, relativa: depende de todas las circunstancias del caso y, en particular, de la naturaleza y contexto de la pena en sí misma y del método de su ejecución».

Un lenguaje abierto y una interpretación «dinámica» a menudo producen resultados interesantes. El artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos prevé el derecho a «crear sindicatos y a afiliarse al de su elección». De esta expresión el T.E.D.H. fue capaz de deducir el derecho de los sindicatos a ser consultados en caso de conflictos colectivos. Pero, incluso derechos centrales, como el derecho a la vida, cobran sentido sólo en un contexto político: pensemos en el aborto y en la eutanasia. El T.E.D.H. ha interpretado el derecho a la vida refiriéndose al «margen de discrecionalidad» de la autoridad estatal y al contraste de criterios. La práctica del Tribunal se resume del siguiente modo: «incluso si se parte de la base de que el artículo 2 protege la vida del no nacido, los derechos e intereses en juego han sido sopesados entre sí de un modo razonable». Lo mismo es aplicable por lo que se refiere a la finalización de la vida: «el valor de proteger la vida puede y debe ser sopesado frente a otros derechos de la persona en cuestión». En tales casos, el derecho a la vida no tiene un significado independiente del modo en que es interpretado por la autoridad competente. Aquí no hay, desde luego, garantía alguna de uniformidad. Mientras el Tribunal Europeo de Justicia niega a las compañías el derecho a disfrutar de la privacidad protegida por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos les garantiza tal derecho. No existe nada en el derecho en sí mismo que pudiera justificar tales interpretaciones: el mismo cobra sentido sólo cuando es contemplado en relación con un determinado contexto y finalidad. Pero tal valoración entraña precisamente el tipo de discrecionalidad que el concepto de derechos —como «logros»— intentaba desterrar.

*En tercer lugar, los derechos siempre entrañan excepciones, aunque la finalidad y condiciones para la aplicación*



de la excepción nunca están claramente fijadas. En los Estados Unidos, por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión está condicionado por el test del «peligro claro e inminente» previsto en la Primera Enmienda. En consecuencia, la libertad de expresión se restringe a los «foros públicos», de tal modo que excluye la distribución de octavillas en centros comerciales y la prohibición de la fijación de anuncios en edificios de propiedad municipal. En el sistema europeo la relación entre derechos y excepciones viene condicionada en función de lo que puede ser «necesario en una sociedad democrática». Es difícil pensar en un criterio más plagado de implicaciones políticas que éste. No hay nada que no sea político en la conclusión de que si una persona pierde una oportunidad de empleo a causa de la información secreta que sobre él tienen las autoridades públicas, sin embargo, la realidad es que:

«...teniendo en cuenta el margen de discrecionalidad que debe ser dejado al Estado para la defensa de la seguridad nacional... (la interferencia)... sería necesaria en una sociedad democrática para el interés de dicha seguridad nacional».

¿Por qué la apertura de la correspondencia o su control por las autoridades penitenciarias o los miembros de los cuerpos de seguridad es «necesaria en una sociedad democrática? Para responder a estas cuestiones las instituciones europeas de derechos humanos usan nociones tales como las de «razonable», «proporcionado», «orden público» y «moral» en un intento por justificar la referencia tanto al derecho como a la excepción. De este modo la meta de los derechos se encuentra condicionada por elecciones que parecen justificarse sólo por alusión a concepciones alternativas de lo que sería una sociedad buena.

*En cuarto lugar* y finalmente, en todo conflicto social importante, las pretensiones de las partes en conflicto son las pretensiones de los derechos. Un ejemplo típico es el que se refiere al conflicto entre el «derecho como libertad» y el «derecho como seguridad». Si la autoridad estatal para prohibir la violación dentro del matrimonio se considera

una manifestación del «derecho a la privacidad», en ese caso el derecho del marido a la libertad (sexual) estaría en una situación de privilegio frente al derecho de la mujer a la seguridad. Lo mismo ocurriría en sentido inverso. Tales conflictos no pueden resolverse en términos meramente de derechos. Las fronteras entre la libertad y la seguridad no se configuran de una manera apolítica, sino que, por el contrario, el debate refleja maneras culturalmente diversas de entender las relaciones familiares y la función del Estado. En la práctica de los órganos europeos de derechos humanos a menudo se produce un conflicto entre el derecho individual a la privacidad y el derecho de otros individuos a la seguridad. ¿Tienen las autoridades penitenciarias competencia para censurar las cartas de los prisioneros? De nuevo estamos ante una cuestión política o:

«... un conflicto de intereses entre las pretensiones legítimas de orden público y seguridad y las de la rehabilitación de los prisioneros».

Pero no existen medios técnicos para sopesar ambos intereses. A pesar de ello «el balance» se realiza, e implica condicionamientos culturales y políticos sobre si el óptimo social debe dar prevalencia al orden público o a la rehabilitación. Es difícil pensar en algo tan abiertamente político-cultural como esto. Además, a veces ambas partes son capaces de fundarse en el *mismo* derecho, como cuando los litigantes en un caso austriaco discutieron sobre si era permisible limitar la competencia de los comercios en la fijación del precio. En este caso —aunque paradójicamente— subyace la limitación de la libertad de precios, a favor, precisamente, de la libertad de precios. El significado de esta libertad debe construirse en referencia a las ideas (intrínsecamente cuestionadas) de los efectos de los mercados en la libertad.

### III. LA FUNCIÓN DE LOS DERECHOS EN UN CONTEXTO

La proyección de algunos aspectos de la vida social en cuestiones de derechos, la resolución de las indetermina-

ciones de los conflictos de derechos (y cada conflicto social puede describirse como un conflicto de derechos) presumen la existencia de un lugar «mas allá» de los derechos, que permiten limitarlos y subordinarlos a algún esquema, ideal o concepto de lo que se entiende por sociedad buena. Cómo sería este esquema en el Derecho Comunitario es algo que determinó el Tribunal Europeo en *Wachauf* (1989) del siguiente modo:

«Los derechos fundamentales reconocidos por el Tribunal no son absolutos, sin embargo, sino que deben ser considerados en relación con su función social. En consecuencia deben imponerse límites al ejercicio de esos derechos, en particular en el contexto de la organización común del mercado, dado que esos límites de hecho corresponden al interés general perseguido por la Comunidad, y no constituyen, en relación con el fin perseguido, una interferencia desproporcionada e intolerable en la esencia misma de dichos derechos.»

La cuestión no es que esta afirmación sea errónea o cínica, sino que la referencia a las expresiones «funciones», «objetivos», «interés general» y «proporcionalidad», que parecen tan alejadas de una concepción intuitiva de los derechos, de carácter absoluto o «triunfante» frente a la política social, resulta simplemente inevitable. Los derechos simplemente no existen como tales —«como hechos»— fuera de las estructuras de la deliberación política, como un límite en vez de como un efecto de la política.

Esto implica que el significado y fuerza de los derechos depende de la existencia de instituciones, historias y culturas, de gente que piensa de un modo a grandes trazos similar sobre las cuestiones sociales y políticas. La libertad de expresión depende de los sistemas de toma de decisión política y de la información pública prevalente en la sociedad. La libertad de contratación está limitada por las condiciones actuales del mercado. Los derechos protegen la autonomía pero ésta sólo es posible si la sociedad oferta ventajas colectivas. En una sociedad que no permite elegir, la autonomía no tiene sentido. La posibilidad de obte-

ner bienes colectivos es, sin embargo, una cuestión de valoración política; una lucha y un compromiso entre visiones alternativas de cómo sería una sociedad ideal. En el caso *Handyside* (1976) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó la competencia de las autoridades nacionales para marcar límites a la libertad de expresión (en un asunto de unas publicaciones que podrían ofender la sensibilidad del lector) puesto que no parecía existir «una concepción moral europea uniforme». La trascendencia de tal afirmación no versa tanto sobre quién fue a juicio del Tribunal el competente para decidir (aunque el hecho de que fuese la jurisdicción no es en sí tampoco irrelevante), sino sobre el dato de que expresamente se fijó que los límites, y por tanto el contenido, de la libertad de expresión eran una cuestión moral dentro de la comunidad.

En la teoría política esto nos recuerda a Aristóteles o a Santo Tomás más que a Locke o a la Declaración Universal. Ningún derecho nos viene «dado»; los derechos son lo que resulta de la deliberación política. Pero esto es lo que los derechos intentaron evitar. Fue precisamente debido a que la política parecía degenerar en luchas para la obtención de los intereses particulares por lo que se introdujeron los derechos, en defensa de quienes se encontraban en una posición más débil. Si los derechos son simplemente el resultado de un compromiso social, entonces lo dicho resultaría imposible. Los derechos se convierten en una política más entre otras muchas. No hay amor, sólo un matrimonio de conveniencia.

Permítaseme aclarar una cosa. Volver atrás en el panorama agnóstico moderno no ayudaría en absoluto. Algunos se «casan» con la posición de que «los derechos humanos son esencialmente religiosos» y que sólo una visión del mundo cosmológica puede mantener el carácter sagrado del individuo. Verdaderamente, dicen, los agnósticos a menudo son defensores de los derechos humanos más conscientes que los fanáticos religiosos. Pero carecen de una explicación de por qué debería ser así: los kantianos, por ejemplo, que derivan la necesidad de respetar los derechos humanos de la regla de la universalidad —haz a los

demás lo que te gustaría que te hicieran a ti— fracasan a la hora de explicar por qué un masoquista no torturaría a sus hijos. Esto es correcto. Si uno se mueve en un universo discursivo habitado por palabras tales como «sagrado», «inalienable» y similares, existen connotaciones religiosas. Sólo Dios puede colmar las expectativas a ras de suelo. Pero seguramente eso no sería sino una reformulación del problema: la fe —como el amor— no nacen del mero deseo de tenerlos.

Pero la fe tampoco nace de las razones. Esto se ve claramente en el modo en que los intentos de justificación de los derechos hacen a dichos derechos más vulnerables a las objeciones dirigidas contra tal justificación: ¿Acaso tiene la gente el derecho a la libertad de expresión porque el mismo sea muy útil, porque resulte acorde con la naturaleza humana, o porque corresponda al querer popular? Cada una de estas explicaciones entraña una teoría de lo políticamente bueno. Tales explicaciones infectarían a los derechos transmitiéndoles una debilidad, a ellas inherente, y no podrían ser usadas ya para regular los conflictos existentes al respecto. Seguramente tendríamos el derecho a la vida aunque el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos nunca lo hubiese reconocido. ¿Pero en qué se basaría tal derecho? Aquí, paradójicamente los derechos serían efectivos sólo si pudiesen ser aceptados por la fe —la ausencia de la cual sería la razón por la que habría que recurrir a tales derechos—.

Pero nosotros sabemos de hecho que la fe no puede garantizarse. Todo el mundo es consciente de que la política no consiste «realmente» en convertir los mandatos de la naturaleza en Derecho positivo; que en cada caso existe lucha y compromiso, poder e ideología. Las críticas al formalismo no pueden ser resueltas. Todo el mundo está de acuerdo en que la administración y la adjudicación tienen que ver con la discrecionalidad, que el «balance» refleja preferencias culturales y que no hay nada de inalienable en ello.

Notemos que, pese a esto, no hay razón alguna para dejar de hablar de los derechos. Porque tampoco existe otro

lenguaje mediante el cual el conflicto político pueda resolverse. Pese a su incoherencia, y a la dificultad de justificarlos, los derechos humanos han funcionado razonablemente bien en las sociedades occidentales, pues se han incorporado a las formas de vida de estas sociedades del mismo modo que, por ejemplo, llevar corbata o un apretón de manos al saludarse. Que consideremos importantes los derechos y seamos capaces de interpretarlos de manera, en términos generales, similar se debe a nuestra historia común, siendo quizás el resultado de imaginar nuestras sociedades como comunidades morales —aunque ciertamente sin la posibilidad de fijar el significado de la «dignidad» humana o el «carácter sagrado» en un sentido auténtico y presocial—. Que defendamos los derechos se debe, ni más ni menos, a la satisfacción que nos produce el contemplar el modo en que nuestras culturas políticas los han usado: la universalidad de los derechos humanos se resume en un llamado: miradnos y decidnos si no os gustaría vivir también como nosotros lo hacemos.

El problema es que esto parece excluir la universalidad de los derechos. Parece presentarlos como enormemente centrados en Europa y no como válidos por naturaleza para cualquier sociedad. Argumentar en base a la universalidad ahora parece otro modo de intentar persuadir a los demás para que acepten las preferencias que yo tengo, los compromisos sociales que a mí me parecen válidos. Si mis preferencias son producto de la sociedad en que vivo, ¿en qué me baso entonces para criticar las prácticas que considero inaceptables en otras sociedades? ¿Acaso existe algo entre el imperialismo y la indiferencia?

Los derechos son el producto de la cultura y de la historia occidental y sus más activos defensores han sido las organizaciones, los activistas y los académicos occidentales. Pero esto constituye un problema sólo si se piensa que los derechos son universalmente buenos —porque ello entrañaría el pensar que la cultura occidental es universalmente buena también—. Pero el legado de los derechos en Europa —como en los demás lugares— es ambivalente. Después de todo la misma creación de la doctrina de los

derechos (subjetivos) en el siglo XIII no fue sino una consecuencia de la defensa de las posesiones de la Iglesia Católica frente a la regla franciscana de la pobreza evangélica, y tanto Suárez como Grocio fueron capaces de usarla para defender la esclavitud (pactada). Los derechos, como el resto de las instituciones pueden usarse para fines buenos o malos; y es precisamente ésta la causa de que no puedan desligarse del debate político sobre tales propósitos.

Por eso, en vez de hablar de derechos en términos abstractos y universales, prefiero vincularlos a la tradición profesional. Como Lauterpacht señaló, en la medida en que ha existido algo similar a una profesión del Derecho Internacional, el respeto a los derechos humanos universales ha formado parte de ella. Lo que dicho pensador olvidó mencionar fue que ello se produjo siempre en el contexto de una soberanía del Derecho Internacional de uno u otro tipo. Y no es extraño que los derechos humanos se enraicen en la misma tierra que los conceptos de soberanía y autodeterminación. Después de todo, el *Bill of Rights* (1776) y la *Déclaration de droits de l'homme et du citoyen* (1789) surgieron en el contexto de la construcción nacional y en la pretensión de no intervención de los poderes externos. Pero esto no se refiere exclusivamente a los juristas del siglo XIX. John Westlake, el destacado internacionalista británico de finales del siglo XIX, pensó que los deberes y derechos del Estado eran «sólo los deberes y derechos de las personas que lo componían». Johann Caspar Bluntschli, famoso teórico del Derecho Público Continental y activista cosmopolita, ciertamente nunca imaginó que existiese conflicto alguno entre su nacionalismo prusiano y su defensa de los derechos individuales: cada uno se definía en función del otro. El colega de Bluntschli Franz von Holtzendorff desde Berlín describió la dialéctica existente entre el nacionalismo y el universalismo como análoga a la existente entre la autonomía individual y la solidaridad comunitaria. De la misma manera que el individuo, la nación se mantuvo a la vez independiente de y relacionada con el mundo exterior. Del mismo modo que las corrientes de aire circularon a través del espacio traspasando las

fronteras políticas, el espíritu de la humanidad animó los libros jurídicos de diferentes naciones. Los derechos humanos y el nacionalismo se reconciliaron en el punto de que permitían acceder a la humanidad a través de la soberanía. Los tres asumieron que los derechos eran parte de la tradición e historia nacional —pero también que existían derechos universales que permitían luchar contra la tiranía—. Todos defendían las políticas imperiales de sus patrias.

Pero, tras la Primera Guerra Mundial la soberanía y el nacionalismo se convirtieron en sospechosos. El internacionalismo de los años veinte fue individualista. Figuras claves de la profesión, Georges Scelle en Francia, Hans Kelsen en Austria y Alemania, o Lauterpacht en Inglaterra, cada uno por su lado, intentaron elevar al individuo a la categoría de unidad fundamental de la sociedad internacional. Provenientes de la sociología, el formalismo y el iusnaturalismo, respectivamente, estos pensadores trataron de integrar la política liberal en las instituciones internacionales en el período de entreguerras. No lo lograron. Pero extraer de ahí la conclusión de que los derechos humanos se crearon en 1948 supone no comprender el anclaje de los derechos humanos en un reformismo liberal que perseguía un balance o equilibrio entre un derecho a la nacionalidad —soberanía— y el derecho individual a ser miembro igual a los demás en un mundo cosmopolita.

#### IV. LOS DERECHOS EN SU LUCHA HISTÓRICA

Actualmente este equilibrio es muy frágil y se ha decantado por uno u otro polo: El universalismo se ha convertido en imperialismo y el nacionalismo en chauvinismo. Es fácil comprobarlo en cuatro ejemplos históricos.

1. En los siglos XVI y XVII los objetivos universales de la Iglesia Católica se combatieron por la soberanía secular naciente, disfrazándose la ambición papal bajo la máscara de la religión: de ahí el sistema de Westfalia de *cuis regio eius religio*.



2. En el siglo XIX el nacionalismo revolucionario francés enarboló la bandera de una *civilisation* frente al particularismo emergente de una *Kultur* nacional (alemana) —revelándose finalmente como una ambición imperialista en las guerras neocoloniales en Indochina y Argel en los años cincuenta y sesenta—.
3. Hasta la Primera Guerra Mundial la misión civilizadora fue Baluarte de una «modernidad» universal, frente al carácter retrógado y tribal de «Oriente», y sólo mucho después sería tildada de «colonialismo», contrario a la universalidad del derecho de autodeterminación en el Tercer Mundo.
4. Una vez más el derecho de autodeterminación se convirtió en celebración de un particularismo (egoísta) frente a la modernidad tecnológica y económica que ahora ocupa un lugar universal bajo el nombre de «globalización», aunque esa noción esté tildada de ser una mera generalización de ciertos hábitos y privilegios occidentales frente a los cuales quizás no estaría de más afirmar con mayor fuerza una cierta «política de identidad».

En cada uno de estos casos la posición ocupada por lo universal ha sido cubierta con una política particular. Como diría un escéptico: «las teorías intelectuales y los *standards* éticos del utopismo, lejos de ser expresión de principios absolutos y *a priori*, están históricamente condicionados, siendo a la vez producto de las circunstancias, intereses y armas dirigidas a la obtención de esos intereses». Esto no está demasiado lejos de las críticas realizadas por Edmund Burke contra la Revolución Francesa en 1790, o las de Karl Marx en 1843 para frenar el entusiasmo de Bruno Bauer por la emancipación «puramente política». La misma abstracción de los derechos, argumentaban ambos, fue su defecto práctico. Tan pronto como se aplicaran en la práctica supondrían la preponderancia de unos grupos sobre otros. Si se consideraran como absolutos —o «triumfos» en el lenguaje de la filosofía política— entonces alejarían los privilegios de algunos del marco de

la contestación política: las ambiciones de los jacobinos para Burke, el sistema económico para Marx.

Desde esta perspectiva la universalidad de los derechos es pura ideología. Lo que ocurre es que lo «particular sólo muestra sus agravios bajo la forma de *standard* que busca la universalidad: el humanitarismo, la autodeterminación, la igualdad de derechos, la justicia total. Pero, de hecho, la elección nunca se produce entre lo universal y lo particular, sino entre diferentes *tipos* de particular. No ver esto significa permanecer ciego al modo en que el sistema político realiza sus elecciones. Si la cuestión no es nunca el reconocer derechos que «ya están ahí», sino siempre el elegir a quién vamos a privilegiar, cómo vamos a distribuir los recursos escasos, entonces resulta necesario articular criterios de distribución en que basar la elección. Esto significa no sólo prestar una constante atención al modo en que las instituciones políticas funcionan, sino también a qué objetivos de las mismas deben ser escuchados en primer lugar.

## V. UNA TAXONOMÍA DE ESTRATEGIAS EN TORNO A LOS DERECHOS

Permítaseme finalizar estas líneas subrayando cinco estrategias legales usuales que permiten manejar la tensión existente entre los derechos humanos y la soberanía, o entre la autonomía y la comunidad.

a) *El formalismo de los derechos humanos* examina los derechos tal y como figuran en los instrumentos internacionales adoptados por Naciones Unidas y otras organizaciones desde 1946. La cuestión del contexto histórico o la legitimidad moral de los derechos queda de lado. Basta con la validez formal, afianzada por los comentarios sobre cómo deben hacerse efectivos los derechos. Esto no significa que el formalismo de los derechos humanos esté exento de compromiso político. Este compromiso busca mostrar que dichos derechos no son simplemente partes de una

moralidad utópica, sino que pueden ser gestionados técnicamente como cualquier otro componente del Derecho.

*Punto débil:* Esto instrumentaliza los derechos humanos; los convierte en un arma de hegemonía en el sentido Gramsciano: el lugar dejado por lo universal es ocupado por el interés particular que está en situación de hacerlo. Pensemos en el proceso de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Racismo, en Durban, en el otoño de 2001. Por una vez la hegemonía no fue la de los Estados Unidos ni la de Europa. Pero esto es la excepción y no significa mucho. Pensemos en los cientos de miles de africanos, y pronto quizás asiáticos, que marchan hacia una muerte prematura segura como consecuencia de enfermedades de transmisión sexual. Los únicos derechos formales aplicables son los de un sistema de propiedad intelectual de las empresas farmacéuticas multinacionales en la determinación del precio de sus productos.

*El formalismo* no encuentra espacio para sus pretensiones más allá de los tratados que reflejan las políticas estatales: la declaración de Durban, el *TRIPS Agreement*. Los juristas bien intencionados desde luego usan técnicas de interpretación teleológica, el Derecho consuetudinario, o frases en latín, como *jus cogens* o *erga omnes*, para responder a los aspectos morales —pero esto es susceptible de ser cuestionado técnicamente sobre la base de la adecuación o no de tales interpretaciones—. El formalismo está en el limbo: el oficio público no es formalista porque los colegas formalistas saben que con argumentos formales cualquier cosa puede demostrarse. En vez de amor, relaciones de intercambio.

b) *El fundamentalismo de los derechos humanos* siente nostalgia del Derecho natural, y, aunque sabe que la puerta que conduce al humanismo clásico ya no está abierta, emplea un lenguaje plagado de nociones esencialistas, tales como «libertad», «dignidad humana» o «sacralidad».

*Punto débil:* el fundamentalismo mistifica los derechos humanos. Usa argumentos concernientes a las esencias naturales, que están más allá de las convenciones de la

técnica jurídica y de la política moderna. De este modo, pierde lamentablemente su carácter crítico. Al intentar fundamentar los derechos, los infecta de las críticas que pueden dirigirse contra esas fundamentaciones. Después de todo ¿qué son los «derechos humanos», la «libertad» o la «razón»? El hacer depender los derechos de esas cuestiones los hace vulnerables en extremo. De nuevo tampoco hay amor, sino sólo un sentimentalismo romántico.

c) *El escepticismo de los derechos humanos* sostiene que los derechos ni existen con realidad propia, ni pueden ser probados intersubjetivamente de manera válida. Los derechos humanos se configuran como un escollo en el pensamiento liberal, «un sinsentido con zancos», en terminología de Bentham. El escepticismo emplea las críticas que yo usé en líneas precedentes y a partir de ellas llega a la conclusión de que los derechos humanos no juegan papel alguno en la política.

*Punto débil:* El escepticismo se toma sus propias críticas demasiado en serio. Parte de la base de que los únicos derechos humanos defendibles son aquellos que pueden verificar los extravagantes tests de validez por él marcados. El escepticismo se convierte en absolutismo. No puede crear o mantener compromisos con nada que no sean las propias (y arbitrarias) preferencias. Los derechos se convierten así en otro mecanismo estratégico en la lucha por el poder. En vez de amor, manipulación.

El formalismo, el fundamentalismo y el escepticismo, cada uno por su lado, creen que la misión del Derecho es establecer, a través de los derechos, el ámbito adecuado de la autonomía individual frente a las demandas de la comunidad. Como ninguno es capaz de marcar ese ámbito, surgen los siguientes peligros: o bien los derechos humanos se ven completamente superados por las demandas comunitarias, o la cultura política se convierte en una afirmación de derechos absolutos: el totalitarismo o la política de la identidad. El enamorado o se pierde completamente y queda destruido en el proceso; o se bloquea para experimentar el amor, a través de una obsesiva búsqueda que

intenta verificar si «realmente» ahora ha conseguido experimentarlo. *La Traviata* o *Sex and the City*.

¿Existen alternativas que permitan manejar los derechos reflejando un contexto social en el que van a operar; donde exista un equilibrio entre los principios de comunidad y autonomía?

d) *La democracia cosmopolita* considera los derechos como un aspecto de una pretensión de expansión democrática internacional. Dado que lo internacional es heterogéneo, esta teoría toma de Kant la visión de lo internacional como una confederación de repúblicas independientes y no como un Estado mundial homogéneo. Esta solución acepta que los derechos humanos dependen de la toma de decisiones políticas y, por lo tanto, insiste en los procedimientos democráticos internacionales y el juego limpio. Se basa en tres elementos: el constitucionalismo, la democracia y los derechos. La Constitución entraña un equilibrio entre el poder y el Estado de Derecho, además de un compromiso republicano; la democracia, la búsqueda de la participación más omnicompreensiva de todos los implicados; y los derechos descansan en principios morales que dirigen las deliberaciones dentro de las estructuras establecidas. Este «patriotismo constitucional» quiere crear un lenguaje a través del cual incluso los sujetos marginados puedan articular sus pretensiones contra la injusticia y las penalidades dentro de la arena política.

Aunque la democracia cosmopolita tenga mucho que decir acerca del concepto de derechos a ella inherentes, también a veces puede subestimar el papel del poder institucional y la mala fe. Como Max Weber señaló, las instituciones y los procedimientos entrañan peligros. También, llegado el caso, pueden actuar para justificar privilegios. Fuera de un marco político activo, esas instituciones y procedimientos pueden quedar reducidos a una democracia de baja intensidad que persiga sólo las apariencias sobre la vida social —por ejemplo, usando la distinción entre lo público y lo privado— para crear una esfera de acción social aislada de las pretensiones de los derechos.

e) *La democracia radical* comparte con la comopolita el énfasis en el vínculo existente entre la democracia y los derechos, pero pone el acento en el papel del poder en el proceso democrático. Los individuos participan en la toma de decisiones políticas a través de posiciones subjetivas, que siempre han estado condicionadas políticamente. Defender un derecho continuará siendo una política de hegemonía —un intento de llenar el espacio de lo universal (el significado del «derecho») por lo que es particular (por el propio interés individual)—. No hay «espacio para la inocencia». Los derechos son un sistema simbólico en el que gestionar pretensiones políticas —pero un sistema en el cual las pretensiones particulares no pretenden ir más allá de su particularidad—. Perseguir un derecho es, después de todo, más que perseguir un beneficio. Es actuar en nombre de la universalidad: esto me pertenece no sólo a mi sino *a cualquiera que estuviese en mi misma posición*. Esto siempre implica la pertenencia a la comunidad y el disfrute del beneficio *porque se pertenece a ella*. La democracia radical cree que esto no nos aleja de la naturaleza política del objetivo particular perseguido. La constitución ideal de derechos continuará siendo un horizonte que constantemente se alejará a medida que nos acercamos a él. Es por eso por lo que debemos tratar de impedir la fijación de los derechos en estructuras institucionales permanentes. Su meta es focalizarse en la laguna existente entre la retórica universal sobre los derechos y las exclusiones en las que se basan todas las instituciones —incluidas aquellas que versan sobre los derechos—. Emplear la idea de universalidad nos permitiría mantener las instituciones abiertas al cambio, centrándonos en lo que ellas intentaban marginar. He aquí la importancia de acontecimientos tales como las recientes manifestaciones de Göteborg: no como algo que debe ser impedido o manejado, sino como algo que hay que afrontar con una mente abierta y con corazón.

Es por esto por lo que los derechos humanos son como el amor. No producen armonía o control, pero es precisamente por eso por lo que, incluso dentro de una comunidad, pueden proporcionar libertad.