

UNIVERSALIDAD O DIFERENCIA CULTURAL
RETOS Y POSIBILIDADES DE CONSTRUCCIÓN DE UNA SOCIEDAD ABIERTA
UNIVERSAL

Luis Enrique Reyes Moreno

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho

Bogotá D.C.

2005

**UNIVERSALIDAD O DIFERENCIA CULTURAL
RETOS Y POSIBILIDADES DE CONSTRUCCIÓN DE UNA SOCIEDAD ABIERTA
UNIVERSAL**

Luis Enrique Reyes Moreno

Tesis de Grado

Directora: Profesora Liliana Obregón Tarazona

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho

Bogotá D.C.

2005

CONTENIDO

	pág.
1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. UNIVERSALIDAD O RESPETO POR LA DIFERENCIA: ¿UNA TENSIÓN INDISOLUBLE?	11
2.1. IDEAS FUNDAMENTALES.	11
2.1.1. La fundamentación moral de los derechos humanos.	11
2.1.1.1. Los derechos humanos como prerrequisito de la construcción dialógica de una sociedad abierta universal.	15
2.1.1.2. La pretensión de universalidad de los derechos humanos.	19
2.1.1.3. La pretensión de neutralidad política y cultural de los derechos humanos.	23
2.2. LA TENSIÓN ENTRE UNIVERSALIDAD Y RESPETO POR LA DIFERENCIA EN EL PENSAMIENTO CRÍTICO DE LOS DERECHOS HUMANOS.	29
2.2.1. David Kennedy y su propuesta pragmática.	30
2.2.2. Makau Mutua y la descalificación cultural y política de los derechos humanos como narrativa moral hegemónica.	36
2.2.3. Cançado Trindade y la consolidación de una <i>Opinio Juris Communis</i> como reflejo de una conciencia universal.	42
2.3. EL AFIANZAMIENTO DE UN PLURALISMO GLOBAL BASADO EN UNA IDEA AMPLIA DE DIGNIDAD HUMANA.....	49
2.3.1. La Comunidad internacional tiene el deber de impulsar estructuras y procesos que garanticen un gradual afianzamiento de un pluralismo global.	49
2.3.2. La Maximización del principio de autodeterminación de los pueblos.	51
2.3.3. La protección de los derechos humanos como prevención y no como <i>enforcement</i>	55
2.3.4. El <i>jus communicationis</i> como límite al determinismo cultural.	61
2.3.5. El pluralismo global debe construirse a través de forma dialógica.	64
3. FUENTES	68

UNIVERSALIDAD O DIFERENCIA CULTURAL

Retos y posibilidades de construcción de una sociedad abierta universal

“Cualquiera que haya sido la historia de los derechos humanos, no conocemos su futuro”
(David Kennedy: *El movimiento internacional de los derechos humanos: ¿Parte del problema?*)

1. INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos, según Michael Ignatieff¹, representan “la narrativa moral dominante para pensar en los asuntos del mundo”.² Esta afirmación de Ignatieff tiene un primer significado importante: de ser una “alternativa moral”, los derechos humanos han pasado a ser el estándar moral del mundo contemporáneo, o lo que es lo mismo, de constituir un discurso limitador del poder, los derechos humanos de cierta forma, se han convertido en un discurso acerca de cómo ejercer el poder.

En un mundo esencialmente complejo, donde cohabitan múltiples y variadas culturas, muchas de ellas antitéticas, esta situación no deja de ser desconcertante y preocupante.

¹ Michael Ignatieff es historiador, escritor y periodista; en la actualidad dirige el Centro Carr de Política de Derechos Humanos en la Kennedy Scholl of Government (Facultad de Políticas) de la Universidad de Harvard, en Cambridge (Massachusetts). Ha enseñado en Oxford, Londres, París y California y en la London School of Economics; hizo televisión y radio en la BBC, y colabora con The New York Times. Tras viajar a Serbia, Croacia, Bosnia, Ruanda y Afganistán, Ignatieff ha abordado cuestiones de guerra, derechos humanos y sus implicaciones morales en varias obras, desde “*El honor del guerrero: guerra étnica y la conciencia moderna*” y “*Guerra virtual: más allá de Kosovo*”, hasta “*Los derechos humanos como política e idolatría*”. En 2003 publicó “*El nuevo imperio americano: la reconstrucción nacional en Bosnia, Kosovo y Afganistán*”.

² IGNATIEFF, Michael: *Whose Universal Values? The Crisis in Human Rights*, Ensayo Praemium Erasmianum 1999, p. 12, Citado por SILK, James: *La Justicia Penal Internacional y la Protección de los Derechos Humanos: El Estado de Derecho o la Arrogancia del Derecho?*, Recuperado el 10 de febrero de 2005, en <http://islandia.law.yale.edu/sela/ssilk.pdf>.

¿Son realmente los derechos humanos un estándar moral universal?, ¿Son el reflejo de ese común denominador que algunos consideran presente en todas las culturas, en todas las sociedades humanas?, ¿Representan ese mínimo sin el cual la dignidad del hombre deja de existir?, ¿Se halla en ellos la condición de posibilidad de una sociedad abierta universal?

La mayoría de estas preguntas no tiene una respuesta sencilla; de hecho, es difícil pensar que exista una respuesta definitiva a estas cuestiones, atravesadas de lado a lado por algunas de nuestras más profundas convicciones acerca de ideas como la libertad, la dignidad, la diversidad, o la naturaleza humana.

Esta tesis intentará abordar estas cuestiones y procurará brindar una respuesta satisfactoria al problema de la tensión entre los principios de universalidad y de respeto por la diferencia cultural.

Los objetivos específicos que espero alcanzar son tres: Primero, hacer explícitos los elementos que componen la tensión entre los principios de universalidad y respeto por la diferencia cultural en el derecho internacional contemporáneo. Segundo, analizar críticamente las principales interpretaciones que se han defendido para resolver esta tensión intentando al mismo tiempo, suministrar una articulación racional alternativa entre estas críticas; y tercero, ofrecer un grupo de criterios normativos que permita reconocer y acomodar justamente al respeto por la diferencia en un contexto internacional donde los derechos humanos se presentan como el fundamento moral hegemónico. Este acomodamiento justo lo entiendo como aquel que suministra una respuesta ética y políticamente adecuada a la pregunta por el *cómo* de la construcción de una sociedad abierta universal.

Decía que los derechos humanos han pasado a ser la narrativa moral dominante para pensar los asuntos internacionales, es decir, el fundamento moral hegemónico del pensamiento internacionalista; el triunfo de los derechos humanos ha debido recorrer antes de llegar allí un duro camino; desde la fundación del movimiento internacional de los derechos humanos

con la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, este ha debido enfrentar, siempre incansablemente, innumerables retos y escollos. Hoy pareciera que todo este esfuerzo ha valido la pena y los defensores de los derechos humanos pueden mirar con entusiasmo un futuro enmarcado por herramientas hasta hace unos años impensadas como la jurisdicción universal, o la Corte Penal Internacional.

Pero como siempre ocurre, un triunfo no es sino la puerta que lleva a nuevos retos y preguntas. Nadie cuestiona las numerosas consecuencias positivas que el encumbramiento de los derechos humanos ha traído; los sistemas de peticiones individuales, la presión política de las organizaciones humanitarias y el relativo consenso que cubre la imaginación internacional han hecho que hoy como nunca, los derechos humanos empiecen a abandonar el ámbito de la utopía para instalarse por fin en los terrenos de la realidad histórica.

Desafortunadamente, las consecuencias no han sido solo positivas; el consenso alrededor de los derechos humanos como fundamento moral internacional ha desarrollado de forma paralela, prácticas e iniciativas que entran en tensión con principios que históricamente se han considerado incorporados en la idea de derechos humanos como la tolerancia y la democracia, entendidas como respeto por las minorías. Se pueden citar las intervenciones humanitarias en Kosovo o Ruanda, la presión inequitativa de la comunidad internacional sobre los Estados más débiles y pobres por cuestiones de derechos humanos o la proliferación de enfoques que atan la efectividad de los derechos humanos a fines concretos como la liberalización económica o la consolidación de la democracia representativa.

En todos estos ejemplos, los derechos humanos han sido usados como fundamento de acciones que por lo menos *prima facie* no son compatibles con los principios del movimiento de derechos humanos.

Pero no todos los casos de consecuencias negativas son tan groseros y evidentes; de hecho, la mayor preocupación de los críticos no recae sobre acciones donde se hace tan palpable que el uso de los derechos humanos no es más que instrumental (lo que llamaríamos

siguiendo a David Kennedy³, *malos usos* de los derechos humanos), sino sobre aquellos casos donde estos efectos nefastos, donde estas tensiones internas son menos evidentes y muchísimo más problemáticas. Me refiero a iniciativas usuales y que todos estaríamos dispuestos a defender de forma general: la promoción de la libertad religiosa, de la democracia, de la igualdad de género, o la prohibición de la pena de muerte. Todas estas iniciativas, sin lugar a dudas, se enfocan en lograr objetivos loables y que por lo menos en abstracto, son incuestionables, mucho más para las mentes que han crecido y madurado dentro de la tradición humanista del Occidente de los últimos tres siglos.

No obstante, estas iniciativas presentan un doble problema: Por un lado, y en este punto me sirvo de David Kennedy, las iniciativas humanitarias no se ejecutan en el vacío sino en un contexto que puede llevarnos a la paradoja de que haciendo el bien terminamos haciendo el mal o que haciendo el mal podemos hacer un bien. Es el problema de la evaluación pragmática de las iniciativas de derechos humanos, de su análisis como distribución de beneficios y costos. En segunda instancia, tenemos el problema de la tensión generada al interior de los derechos humanos al adelantar ciertos proyectos en ciertos contextos; este es el camino que señala la crítica del profesor Makau Mutua⁴ cuando se refiere por ejemplo, a las contradicciones teóricas y prácticas que debe enfrentar una iniciativa de promoción de la libertad religiosa en África.

Tanto en un caso como el otro, nos hallamos con una conclusión similar; por el hecho de impulsar los derechos humanos, las iniciativas humanitarias no escapan de los problemas estructurales de toda iniciativa política (en el sentido amplio del término) y se hace necesario, si no indispensable, una evaluación pragmática y teórica de cada iniciativa, en el marco del contexto que se ejecutará.

³ David Kennedy es profesor de Derecho de la Escuela de leyes de la Universidad de Harvard y ha sido desde hace tiempo, un crítico representativo en el campo del derecho internacional general y particularmente en el asunto de los derechos humanos.

⁴ El profesor Makau Mutua es Director del Centro de derechos humanos de la Universidad Estatal de Nueva York y miembro de la Comisión de derechos humanos de Kenia.

Parecería evidente que tal cosa debe ser así; de hecho, es indudable que muchas iniciativas humanitarias se ejecutan sólo después de realizar un análisis como el descrito; pero es igual de evidente que existen muchas otras que desconocen o prefieren omitir esta necesidad y se ejecutan bajo el entendido que no existe valor tan fuerte que haga ceder el avance del progreso representado en los derechos humanos.

La interpretación crítica dominante del problema ha sido articulada alrededor del análisis de las interrelaciones entre lo universal y lo local, lo plural y lo multicultural, y entre lo occidental y lo no-occidental. Estos análisis cuestionan severamente la idea de derechos humanos y más aún la forma como el movimiento de derechos humanos ha resuelto la tensión en algunos esquemas de solución de ciertas problemáticas; estas críticas parten de dos premisas:

Primera: La idea de derechos humanos alberga en su seno una tensión aparentemente indisoluble entre los principios de la universalidad y el respeto por la diferencia.

Segunda: El movimiento de derechos humanos ha resuelto la tensión de forma poco plausible, dándole prioridad al principio de universalidad y por tanto anulando de hecho valores humanitarios como la tolerancia y el respeto por la diferencia.

El polo de universalidad del conflicto se basa en la idea de que los derechos humanos representan un “código moral” universal y pluralista⁵. El polo de la diferencia cultural se apoya en una visión según la cual los derechos humanos deben propender por la construcción de un mosaico multicultural global y mucho más aún por la construcción de canales de afianzamiento de un pluralismo global⁶.

⁵ Véase: SILK, James: Op. cit.

⁶ Cf. MUTUA, Makau: *Human Rights: A Political and Cultural Critique*. Philadelphia, Pa.: University of Pennsylvania Press, 2002.

Ahora, debe precisarse que el debate referido no tiene una relevancia meramente teórica sino ante todo práctica; la forma como se resuelve la tensión está estrechamente unida a los principios y formas a través de los cuales los humanitarios actúan en el mundo, específicamente, en casos de controversias de derechos humanos atravesadas por componentes culturales. Estamos entonces ante un problema que si bien se debate en un escenario primordialmente teórico (aunque con referencias obligadas a hechos y consecuencias reales) tiene implicaciones que fundamentalmente se enmarcan en el mundo de la *praxis*.

En todo caso, como es frecuente, se debe empezar invariablemente por la teoría para pasar en una instancia posterior a las consecuencias prácticas.

Desde una mirada teórica, entender y promover una reinterpretación de esta tensión implica el estudio y la crítica cuidadosa de la literatura más representativa de acuerdo a los fines concretos que se persiguen, procurando siempre, tener la mira en encontrar caminos efectivos de reconciliación entre los principios en pugna.

Desde esta perspectiva, el análisis de las lecturas y la potencialización de las herramientas que suministran los críticos, abre la posibilidad de construir un puente entre la teoría y la práctica de los derechos humanos en este campo y de resolver de forma más plausible la actual controversia. El estudio de estos análisis me permitirá mostrar las consecuencias que tienen las diversas interpretaciones de la tensión tanto para el movimiento de derechos humanos como para los individuos que son receptores de su ayuda. El estudio de las críticas también proveerá los elementos fácticos y los argumentos teóricos sobre los cuales me basaré para justificar una forma alternativa de interpretar la tensión descrita; una interpretación que permita reconciliar los principios implícitos y explícitos de los derechos humanos con la práctica humanitaria que debe enfrentar todos los días, una implacable lucha contra la injusticia en un mundo como ha quedado dicho, fuertemente dividido por fronteras culturales.

La agenda que propongo se desarrollará de la siguiente manera. En la primera sección presentaré de manera detallada la tensión entre universalidad y respeto por la diferencia. Luego, analizaré críticamente los enfoques que pretenden resolver esta tensión; básicamente me ocuparé de las ideas que al respecto han expuesto tres representantes del ala crítica en los derechos humanos: David Kennedy, Makau Mutua y Antonio Cançado Trindade. Siempre que sea posible, enriqueceré la discusión con los aportes de otros estudiosos. Finalmente, ofreceré una interpretación alternativa a la cuestión de los derechos humanos como fundamento moral dominante intentando reconciliar los principios de universalidad y respeto por la diferencia.

2. UNIVERSALIDAD O RESPETO POR LA DIFERENCIA: ¿UNA TENSION INDISOLUBLE?

2.1. IDEAS FUNDAMENTALES.

2.1.1. La fundamentación moral de los derechos humanos.

¿En donde reside el fundamento de los derechos humanos?, ¿De donde proviene la legitimidad que los posiciona como el argumento moral contemporáneo más incontestable?

Estas, son preguntas que aunque nos remiten a respuestas casi automáticas se refieren, en realidad, a un problema teórico prácticamente irresoluble: la fundamentación racional de los derechos humanos.

Decir esto no deja de sonar extraño; sobre todo, en días como los nuestros, donde a pesar de vivir en un mundo donde la realidad se hace cada vez menos humana y donde los dramas de millones de personas, muchas de ellas niños, tienden a agravarse en lugar de solucionarse, los derechos humanos, como ideal, parecen ser cada vez más, una idea absolutamente irreprochable.

Pero este pretendido consenso en torno a la idea de derechos humanos no es de por sí un argumento definitivo a favor de su racionalidad; los consensos, sobre todo aquellos que se construyen de formas paradójicamente no dialógicas, son sólo eso: grandes acuerdos, pero nada más.

A lo largo de este escrito se encontrará una preocupación común que actuará como hilo conductor de todos mis argumentos: la pregunta por el *cómo* de la construcción de una sociedad abierta universal.⁷

Esta preocupación general, que intento resolver a través de la pregunta específica por la tensión entre universalidad de los derechos humanos y respeto por la diferencia cultural, está conectada con una pléyade de cuestiones que tocaré, algunas veces en profundidad y otras de forma un poco más panorámica.

El *cómo* de la construcción de una sociedad abierta universal parte de una premisa: la aceptación del pluralismo⁸ como idea superior al multiculturalismo; esta aseveración es en sí misma todo un debate.

Tradicionalmente, como lo asegura Giovanni Sartori, se ha creído que los proyectos del multiculturalismo y del pluralismo son sinónimos o por lo menos compatibles; pero no; una revisión atenta de las nociones y su historia muestra como no sólo no son compatibles sino que son antitéticos.⁹

Hoy, el multiculturalismo representa un proyecto ideológico específico que aunque acepta la convivencia pacífica de varias culturas en un mismo marco geográfico y temporal, lo hace sólo bajo el entendido que esta convivencia no implicará integración o fusión de estas culturas¹⁰. El multiculturalismo defiende entonces la idea de respeto a la diferencia pero llevando la idea misma de tolerancia hasta sus propios confines, en la medida que la

⁷ La idea de *sociedad abierta* o *buena sociedad* se refiere, si seguimos a Giovanni Sartori, a la sociedad pluralista basada en la tolerancia y en el reconocimiento del valor de la diversidad. Cfr. SARTORI, Giovanni: *La Sociedad Multiétnica: Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Taurus, 2001, Bogotá.

⁸ De manera general podemos definir al pluralismo como aquel ideal que afirma que la diversidad y el disenso son valores que enriquecen al individuo y también a su ciudad política. (Cfr. SARTORI, Op. cit.)

⁹ “Hoy la palabra ‘pluralismo’ está muy de moda; lo que no quiere decir que se entiende bien. Al contrario. La prueba de ello, de ese malentendimiento, está en creer que el pluralismo encuentra una continuación y su ampliación en el multiculturalismo, es decir, en una política que promueve las diferencias étnicas y culturales. No. [...] esa complementariedad es falsa y [...] pluralismo y multiculturalismo son concepciones antitéticas que se niegan la una a la otra”. (SARTORI, Op. cit., Pág. 7-8).

¹⁰ “Es obvio que multiculturalismo como existencia en el mundo de una enorme multiplicidad de lenguas, culturas y etnias (del orden de las cinco mil) es un hecho en sí tan obvio y tan sabido que no necesita un término ad hoc para identificarlo. Por lo tanto, ‘multiculturalismo’ es hoy una palabra portadora de una ideología, de un proyecto ideológico [...]” (SARTORI, Op. cit.).

tolerancia presupone, que es más deseable la integración que la mera coexistencia y se remite a esta última como forma aceptable de relación entre culturas sólo cuando la primera ha fracasado rotundamente. En otras palabras, el multiculturalismo como ideología rechaza la idea de interacción diferenciada y se inclina por una convivencia a través de la desintegración multiétnica, esto es, la existencia de una sociedad de *guettos* o culturalmente compartimentalizada.

La relación entre tolerancia y pluralismo en cambio, es más armónica¹¹; el pluralismo se afianza en la idea de tolerancia y en el reconocimiento del valor de la diversidad para justificar la existencia de una sociedad integrada, que construya al mismo tiempo que se integra, las bases de una nueva sociedad sintética y universal que no anule la diferencia como tal pero que si la convierta en un punto de contacto, más que en uno de rechazo. Es en este contexto que me interesa llevar a cabo el análisis propuesto en este escrito.

Volviendo al tema concreto de la tensión entre universalidad y respeto por la diferencia, tenemos que es dada la superficialidad (disfrazada de idea de neutralidad) con que se toma el tema cultural en ciertos espacios de los derechos humanos, que las respuestas del movimiento no han sido siempre las correctas.

Es por ello también que cuando la práctica de los defensores de derechos humanos se topa con problemas como estos, que atacan la base misma de su labor, el sustrato mismo de su ideario, las respuestas que tradicionalmente se creen seguras, empiezan a flaquear.

Este asunto de la universalidad vs. la diferencia, como todas las tensiones internas de los sistemas normativos tiene varios caminos de solución; si dos normas están en contradicción y no existe una tercera norma que resuelva la disyuntiva, como es el caso de la colisión de

¹¹ “Se comprende que tolerancia y pluralismo son conceptos distintos, pero también es fácil entender que estén intrínsecamente conectados. En este sentido: que el pluralismo presupone tolerancia y, por consiguiente, que el pluralismo intolerante es un falso pluralismo. La diferencia está en que la tolerancia respeta valores ajenos, mientras que el pluralismo afirma que la diversidad y el disenso son valores que enriquecen al individuo y también a su ciudad política” (SARTORI, Op. cit., Pág. 18-19).

derechos fundamentales o de principios, se debe escoger entonces, si alguna de las normas debe tener primacía (normalmente tal respuesta no es viable porque nos hallamos ante normas de igual valor y por ende justificar una prelación sería muy complicado por no decir imposible, sin recurrir a criterios meramente subjetivos) o si por el contrario, lo procedente es una ponderación entre ambas normas. Claro está, la ponderación como método hermenéutico es en sí mismo, un ámbito de agudos e incansables debates, tanto así, que ni siquiera existe una idea concluyente sobre qué es o cómo se debe efectuar una ponderación normativa.

Personalmente, me inclino por la idea de ponderación como armonización, o mejor, la idea de ponderación como proceso dialéctico orientado a obtener una respuesta que por principio, tiene que ser esencialmente diferente a las dos tesis enfrentadas, esto es, una síntesis de ellas.

La pregunta de este escrito, se debe plantear entonces, de la siguiente forma: ¿Cómo armonizar los principios de universalidad y respeto por la diferencia?, o mejor aún, ¿Cuál es la síntesis resultante del enfrentamiento entre la universalidad y el respeto por la diferencia?

De forma anticipada debo recalcar que el camino hacia estas respuestas se encuentra empedrado de algunas de las cuestiones más controversiales al interior de la dogmática de los derechos humanos, y que por ende, su trasegar no sólo no es fácil sino que incluso, puede tornarse excesivamente costoso, en la medida que el avance en el camino, sólo puede darse una vez se acepte renunciar a cualquier dogmatismo o principio, o quizás para ilustrarlo, sólo puede darse una vez se acepta entrar ideológicamente desnudo a este recorrido (sin prejuicios, sin ideas fijas, con la mente abierta, etc.).

Esto es más fácil de decir que de cumplir.

Para quienes hemos trabajado de alguna manera en el mundo de los derechos humanos, y que hemos conocido de primera o de segunda mano, los dramas personales que las violaciones de estos crean, la idea de que los derechos humanos son una idea sujeta a discusión no deja de tornarse molesta.

Pero el hecho que nos moleste no quiere decir que no deba ser así; como lo plantean Ignatieff y Kennedy, la practica de derechos humanos tiene la virtud o quizás el defecto, de comprometer en tal en medida a sus partícipes, que la transición hacia el fundamentalismo o la devoción, está al otro lado de la calle y se hace de forma casi imperceptible.

Este trabajo, intentará superar este problema; procurará poner sobre la mesa un nuevo esquema de articulación de unas herramientas aunque ya conocidas, no suficientemente exploradas en conjunto; es decir, intentará constituir una reflexión alternativa al problema de la articulación racional de los principios de universalidad y de respeto por la diferencia cultural en el contexto del problema teórico y práctico de la construcción de una sociedad abierta universal.

2.1.1.1. Los derechos humanos como prerrequisito de la construcción dialógica de una sociedad abierta universal.

En la búsqueda de un fundamento racional que legitime la idea de derechos humanos, los teóricos se han topado con el problema que representa justificar un ámbito que aunque se presenta como racional, al mismo tiempo se propone como blindado a la revisión y reforma por parte del Estado y los procesos democráticos, las instancias racionales por excelencia de las sociedades modernas y contemporáneas.

Tal restricción al establecimiento y a los procesos electorales y legislativos, se ha fincado desde la caída de los regímenes absolutos en occidente, en dos argumentos difícilmente distinguibles: (i) Desde las perspectivas jusnaturalistas, los derechos humanos son

presentados como derechos anteriores al Estado, consustanciales al ser humano y por ende fuera del espacio del poder estatal¹². (ii) Desde las perspectivas más positivistas (pero que no rebasan claramente la tesis naturalista), los derechos humanos no están disponibles a reforma del poder político en la medida que representan el sustrato axiológico de la conciencia jurídica universal mínima¹³.

En ambos casos, con la intención de sacar el fundamento de los derechos humanos del espacio de influencia estatal, los teóricos han recurrido a fórmulas que profundizando en la naturaleza racional y moral de los derechos humanos permitan dar nuevas pistas sobre el fundamento de estos, las visiones tradicionales, y ese es su punto débil, se sostienen sólo en la medida que se crea en entidades de imposible aprehensión y corroboración racional como la “naturaleza humana” o la “conciencia jurídica universal”. Este tipo de “creencia” en nuestros días, no puede dejar de parecer antidemocrático.¹⁴

Intentando superar este escollo, algunos aportes recientes, han intentado elaborar una nueva fundamentación de los derechos humanos más sofisticada, que evite al máximo basar su legitimidad en criterios no racionales.

Para estos desarrollos¹⁵ el fundamento de los derechos humanos es intrínsecamente moral, pero en ningún caso no racional o naturalista¹⁶; la naturaleza moral de los derechos

¹² Cfr. JULIO ESTRADA, Alexei: *La Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Universidad Externado de Colombia, 2000, Bogotá. Pág. 42.

¹³ Por ejemplo, así lo propone Caçado Trindade; véase: Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17. Voto Juez Caçado Trindade. Pág. 13 y ss. y Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36. Voto Juez Caçado Trindade. Pág. 10 y ss.

¹⁴ Así lo cree por ejemplo Martii Koskeniemi, quien considera que toda interpretación cuya base sea un concepto transcendente de imposible análisis racional, deviene en una cuota inicial de visiones autoritarias. Véase: KOSKENIEMI, Martii: *The Politics of International Law*, 1 *EJIL* (1990). Recuperado el 14 de mayo de 2005, en <http://www.ejil.org/journal/Vol1/No1/index.html>

¹⁵ Una breve aunque muy interesante exposición de algunos aportes en este campo, son ofrecidos por Hebert Gatto en su ensayo *Moral y derechos humanos*, Recuperado el 14 de Marzo de 2005, en <http://www.chasque.apc.org/frontpage/relacion/anteriores/n147/8.html>.

humanos se desprende en primera medida, de la naturaleza moral de los seres humanos, según la fórmula que algunas voces identifican, por ejemplo en Carlos Nino, según la cual “las personas poseemos derechos humanos porque somos personas morales”.¹⁷

Pero la explicación no termina ahí; concientes que no basta con atar la idea de derechos humanos a la de moral sin precisar cómo es posible determinar racionalmente esa moral, los teóricos han propuesto entonces que el discurso de los derechos humanos tiene además un segundo ingrediente de justificación: su carácter discursivo, esto es, su naturaleza de construcción dialógica¹⁸.

La tesis que se desprende de ello es la siguiente: “*Los derechos humanos se pueden derivar coherentemente de auténticos derechos morales, si se asumen como prerequisites de todo proceso de argumentación racional necesario para la construcción dialógica de un*

¹⁶ El mismo Cançado Trindade considera que aunque es indudable que existen ciertos componentes jusnaturalistas en la idea contemporánea de derechos humanos, no se puede deducir de ello que la idea actual haya retornado al naturalismo tal y como se conoció en Europa la primera vez: “*No más se trata de un retorno al derecho natural clásico, sino más bien de la afirmación o restauración de un patrón de justicia, anunciado por los principios generales del derecho, mediante el cual se evalúa el derecho positivo*”. (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. *Voto Juez Cançado Trindade*).

¹⁷ Cfr. NINO, Carlos: *Ética y derechos humanos*. Astrea, 1989, 2ª edición, Buenos Aires. Citado por GARCIA VALVERDE, Facundo: *La justificación moral de los derechos humanos*, Recuperado el 14 de Marzo de 2005, en <http://www.stafforini.com/nino/justificacion.htm>

¹⁸ Cfr. GATTO, Hebert: Op. cit.: “*El discurso moral, especialmente en las éticas deontológicas o de deberes de base kantiana –por principio privadas de la remisión a cualquier esfera de validación ajena a sí mismo– opera sobre la base del asentimiento responsable, como elemento de justificación de sus conclusiones, de todos los que en él participan.[...] Esto no impide, sino más bien exige en todos los regímenes políticos, pero también en las democracias, la creación y el mantenimiento permanente de una moral contestataria y abierta, capaz de presionar permanentemente desde el mundo de la vida, contra la osificación de las formas jurídico políticas y el consiguiente conformismo social. Una moral liberal que no olvide la solidaridad, porque como dice el propio Habermas ‘la justicia concebida deontológicamente exige, como su otra cara, la solidaridad (WREN, T.: The Moral Domain, Cambridge, 1990). Las normas morales no pueden proteger la igualdad de derechos y libertades de los individuos sin el bien del prójimo y la comunidad, lo que sólo es alcanzable mediante la solidaridad. Por su parte la aplicación de normas morales dialógicamente fundadas – lo que es diferente a su fundamentación– requiere siempre de su adaptación a las condiciones, sentimientos, tradiciones de la comunidad donde se apliquen. De donde se infiere que, siguiendo la idea habermasiana, el lema revolucionario debe traducirse ahora por el de ‘libertad, justicia y solidaridad (RUBIO CARRACEDO, J.: Educación moral, postmodernidad y democracia. Madrid, 1996).’*”

discurso racional".¹⁹ Es decir, toda idea de derechos humanos debe ser discursiva para poder ser justificada en términos racionales, y para serlo, debe ser fruto de una deliberación ética que a su vez sea transversal a la aplicación de este discurso, la cual no es legítima ni racional si no es una deliberación entre sujetos plenamente reconocidos como personas:

“Desde esta conceptualización se ha señalado que el diálogo argumentativo en condiciones de simetría, es decir aquel que elimine los resquicios de poder para atender únicamente a la fuerza de la razón, requiere como mínimo: el derecho a la vida para participar en la argumentación o ser tenido en cuenta en ella; la libertad de cada uno para que predomine el mejor argumento; la integridad física, psíquica y moral, el reconocimiento igualitario de todos los participantes; el derecho y la exigencia de que los principios o normas se planteen y defiendan argumentativamente; el derecho a la incidencia en las decisiones (aspecto consensual)

Todo lo cual supone libertad de conciencia, libertad religiosa y de opinión, libertad de asociación, así como, para respetar las bases fácticas de la simetría en el diálogo, el derecho a unas condiciones materiales y culturales que permitan intervenir y decidir en pie de igualdad (Cortina, 1990). Se descubre de este modo a los derechos humanos como notas o características posibilitadoras del consenso racional, implícito en la pragmática⁰ de la comunicación y en su objetivo último de la situación ideal del habla como principio regulativo contrafáctico. Con ello, y desde el punto de vista procedimental, tales derechos son condiciones de posibilidad de toda moral coherente, digna de ser llamada tal (Muguerza, 1989).”

¹⁹ *“Pero se trata además, de allí la importancia del "giro pragmático", de un discurso del que, a diferencia del mero análisis formal o del puramente semántico, resulta posible derivar coherentemente los derechos humanos como derechos morales (Honneth, 1991). Y ello en tanto la ética discursiva exige, porque ese es el presupuesto ya adelantado en todo proceso de argumentación racional, el reconocimiento como persona de todos los que poseen o podrían poseer competencia comunicativa. Es decir de todos los seres humanos. Con lo cual éstos, por su derecho, real o virtual a participar en los procesos argumentativos, en cuyo telos como vimos, está inscripto el consenso, están necesariamente investidos de los presupuestos de autonomía, inviolabilidad y dignidad que hacen posible la deliberación ética. Lo que implica -insistimos- que todo virtual participante en un discurso práctico, tiene que ser reconocido como persona, y por lo tanto se le deben atribuir derechos implícitos en el proceso de producción de tales discursos. Estos "derechos pragmáticos", como los llama (1993), están más allá de todo cuestionamiento racional, en tanto quienquiera que argumente ya los ha reconocido. O lo que es lo mismo: cualquiera que los desconozca no lo puede hacer argumentando, porque en ese caso los estaría implícitamente reconociendo, con lo que se coloca de persistir en esa negación, fuera de la capacidad de dialogar y argumentar. O lo que es lo mismo cae en lo que se denomina la contradicción performativa.” (GATTO, Hebert: Op. cit.)*

A pesar de la relativa sofisticación del argumento, parecería no ir más allá de la tradicional idea de una moral de mínimos cuya fundamentación reside en ellos mismos²⁰ y cuya revisión racional no deja de hacerse muy complicada.

En todo caso, desde mi perspectiva esta idea de la construcción dialógica, da elementos que permiten avanzar hacia la resolución simultánea de dos problemas distintos: la cuestión de la fundamentación de los derechos humanos y la pregunta por el *cómo* de la construcción de una sociedad abierta universal. Esta importancia será de nuevo retomada un poco más adelante.

2.1.1.2. La pretensión de universalidad de los derechos humanos.

Desde su gestación a través de la promulgación de la Declaración Universal, el movimiento internacional de los derechos humanos ha defendido la idea de que los derechos humanos representan un “código moral” universal y multicultural²¹.

²⁰ “A su vez sin esa moral fundante y límite infranqueable de cualquier sistema político, éstos y los sistemas jurídicos que los estructuran no adquieren legitimidad. Política y moral reconocen a los derechos humanos, en tanto presupuestos de la argumentación racional plenamente ejercida, como su último fundamento lógico y pragmático. Unos derechos que si desde el ángulo de su contenido son plenamente morales, sus principios sustentantes son previos y externos a la moral, pues fundamentan sus propias condiciones de posibilidad. Por allí asoma la dimensión valorativa implícita en los supuestos fundamentadores de la ética comunicativa, que descansa en el valor de la razón y de los atributos humanos y sociales necesarios para ejercerla dialógicamente en el ámbito pragmático. Por más que se trate de valores que se hallan necesariamente presupuestos, o que son una dimensión inescindible de las situaciones o condiciones fácticas sin las cuales el diálogo argumentativo que fundamenta el discurso ético deviene imposible. Con lo que se supera la objeción de la falacia naturalista: el deber ser no se fundamenta en el ser, sino en las condiciones lógicas y fácticas que hacen posible su enunciación como discurso moral.” (GATTO, Hebert: Op. cit.).

²¹ La *Declaración Universal de derechos humanos* consagra en su preámbulo: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad, Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso.”

Esta idea se ha desgastado en los últimos años al punto que hoy es frecuente escuchar críticas que la rechazan tajantemente bajo el argumento que los derechos humanos constituyen un discurso evidentemente eurocentrista (o más exactamente oestecentrista) que ha conducido a la imposición arbitraria de normas políticas, económicas y culturales occidentales en sociedades no-occidentales.²²

Esto nos lleva a preguntarnos por el asunto de la universalidad de los derechos humanos, un tema estrechamente relacionado con la pretensión hegemónica de la narrativa moral de los derechos humanos.

Los derechos humanos han sido defendidos como “universales” bajo el supuesto de que representan derechos, valores y principios de naturaleza transcultural, validos en cualquier latitud y exigibles a cualquier forma de gobierno o ejercicio del poder político equiparable.²³

Pero esta idea de “transculturalidad” de los derechos humanos no tiene del todo un asidero concluyente; en la tradición humanitaria, los derechos humanos han sido considerados fruto del progreso y la razón humana, esto es, un triunfo de la luz sobre la oscuridad, del conocimiento sobre la ignorancia, de la civilidad sobre el salvajismo. Este argumento incluye casi siempre, un prejuicio contra los pueblos no-europeos, los cuales son vistos desde esta tradición como pueblos atrasados los cuales es necesario iluminar, acompañar, e incluso tutelar.

En un contexto como el actual, donde se tiene alguna certeza respecto a que la historia está lejos de ser un avance lineal y gradual hacia el progreso y donde se están empezando a abrir

²² Por ejemplo, hacia allí apunta la crítica general expuesta en: MUTUA, Makau: Op. cit., y BALAKRISHNAN Rajagopal: *International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance*. Massachusetts Institute of Technology. 2005.

²³ Cfr. Declaración Universal de Derechos Humanos, Preámbulo.

las puertas a las culturas no-occidentales, una idea como esta universalidad vía civilidad no es sustentable.²⁴

No obstante, en la actualidad la universalidad se da como un presupuesto válido tanto por instrumentos internacionales²⁵, como por la acción misma de las instancias judiciales internacionales de los derechos humanos²⁶; esta simplificación de la cuestión se me antoja anticipada y poco concluyente.

Mas allá de incurrir en lo que los culturalistas llaman la “*falacia de la subdiferenciación*”²⁷, esta perspectiva imperialista de la universalidad es un frecuente catalizador de visiones multiculturalistas que profundizan su rechazo hacia modelos integradores (como el pluralismo) y que fortalecen su presencia por un mundo-mosaico (como lo propone el multiculturalismo).

²⁴ De hecho, los límites a la imposición arbitraria de criterios de universalidad no se encuentra impedida por meras cuestiones teóricas; el derecho a la autodeterminación de los pueblos es una norma de derecho internacional reconocida por el derecho positivo y consuetudinario internacional y que constituye una limitación legítima a las pretensiones globalizantes; como lo sostendré más adelante, el respeto del derecho a la autodeterminación no implica claudicar de plano ante el voluntarismo estatal (como sostiene reiteradamente Caçado Trindade), sino más bien poner en su justa proporción el derecho de cada Estado (y del pueblo que está tras el) a hacer valer su voz en el debate mundial.

²⁵ - *Proclamación de Teherán*, Conferencia Internacional de Derechos Humanos, 13 de mayo de 1968, en su parte declarativa en el numeral segundo señala: “2. *La Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional*”.

²⁶ - Así mismo sobre el carácter “Universal” de los Derechos Humanos se plantean en contraposición posiciones a favor del carácter “relativo” de los Derechos Humanos como presunta consecuencia del “Relativismo Cultural”; al respecto: Corte IDH, Caso Comunidad Mayagna, Sentencia de Fondo, Voto Razonado Conjunto de los Jueces Caçado Trindade, M. Pacheco Gómez y A. Abreu Burelli, Párr. 14: “*En efecto, muchas son, en nuestros días, las sociedades multiculturales, y la atención debida a la diversidad cultural nos parece que constituye un requisito esencial para asegurar la eficacia de las normas de protección de los derechos humanos, en los planos nacional e internacional. Del mismo modo, consideramos que la invocación de las manifestaciones culturales no puede atentar contra los estándares universalmente reconocidos de observancia y respeto a los derechos fundamentales de la persona humana. Así, al mismo tiempo que afirmamos la importancia de la atención debida a la diversidad cultural, inclusive para el reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos, rechazamos con firmeza las distorsiones del llamado "relativismo" cultural*”.

²⁷ Esta ha sido definida como una falacia planificadora consistente en ver a los países menos desarrollados como un grupo indiferenciado, ignorando la diversidad cultural y adoptando un enfoque uniforme (con frecuencia etnocéntrico) para muy diferentes tipos de beneficiarios de un proyecto. MONCÓ REBOLLO, Beatriz: *Culturas en España*, Página 446.

El problema entonces con la universalidad reside en sus presupuestos ideológicos; de inicio, es posible reconocer en ellos una evidente filosofía intervencionista²⁸, acompañada de unas consecuencias prácticas que enfatizan, erróneamente, el exceso de innovación²⁹ en los pueblos no-occidentales

Cosa diferente, sería, que se acepte que nociones como la dignidad humana deberían, en un mundo ideal, tener un significado transcultural; es más, tal como lo veo, este objetivo de edificar una dignidad humana auténticamente pluralista representa un reto mucho más importante y valioso que la puesta en funcionamiento, por ejemplo, de la llamada Jurisdicción universal.³⁰

Pero como lo propondré más adelante, la construcción de esta u otras nociones transculturales es aún insuficiente, y requiere incluso después de que llegemos a un eventual acuerdo sobre ellas, una revisión constante y transversal a su aplicación.

²⁸ La filosofía intervencionista, desde la perspectiva antropológica y culturalista, ha sido interpretada como el principio guía del colonialismo, la conquista, las misiones, o el desarrollo; proporciona una justificación ideológica de los foráneos para guiar a los pueblos nativos en direcciones específicas. MONCÓ REBOLLO, Beatriz: Op. cit., Pág. 446.

²⁹ El llamado exceso de innovación es una característica de algunos proyectos que como los derechos humanos, requieren grandes cambios en las vidas cotidianas de algunos pueblos nativos, en especial unos cambios que interfieren con la búsqueda tradicional de la subsistencia comunitaria e individual.

³⁰ Como lo propondré más adelante, el fortalecimiento de la protección de los derechos humanos pasa indudablemente por impulsar estructuras y procesos que garanticen un gradual afianzamiento de un pluralismo global y no por la configuración de instrumentos que agraven las tensiones entre Norte y Sur y entre Occidente y Oriente; la Jurisdicción Universal, por ejemplo, se inscribe en este segundo grupo de iniciativas; ya son múltiples los análisis referidos a ello, que denuncian esta nueva herramienta como la última arma del imperialismo de los derechos humanos contemporáneos; como la misma práctica lo ha mostrado, los tribunales nacionales que amparados en la jurisdicción universal han solicitado el arresto de violadores de derechos humanos han sido en todos los casos, tribunales del mundo desarrollado, y los infractores perseguidos han sido también en todas las ocasiones, exlíderes del tercer mundo despojados en la actualidad de cualquier poder o influencia política determinante en sus países o en la arena internacional.

2.1.1.3. La pretensión de neutralidad política y cultural de los derechos humanos.

El recorrido nos lleva a la idea de neutralidad política; desde sus orígenes, el movimiento de derechos humanos y desde aún más atrás, el movimiento humanitarista (principalmente, la Cruz Roja)³¹ han defendido la idea de que los principios que guían su ideario y sus acciones mismas son neutrales. Esta es una idea difícil de sostener en la práctica.³²

La palabra “neutro” viene del latín “*neuter*” que significa “ni uno ni otro”. Se consideran neutrales todos los movimientos o todas las instituciones que se abstienen de tomar partido en un conflicto o en un diferendo y que renuncian a toda índole de injerencias.³³

Como especifica Haug, la neutralidad no es una virtud en sí:

“Abstenerse de tomar partido y renunciar a toda índole de injerencias pueden tener diferentes causas. Pueden ser el resultado de una voluntad

³¹ “El movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, despliega actividades en casi todos los países, lo que lo convierte en la mayor red humanitaria del mundo. Está unido y se guía por siete Principios Fundamentales: humanidad, imparcialidad, neutralidad, independencia, voluntariado, unidad y universalidad. Todas las actividades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja tienen un objetivo fundamental: evitar y aliviar el sufrimiento humano, sin discriminación alguna y proteger la dignidad de la persona humana”. Información recuperada el 19 de abril de 2005, en <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/movement>

³² Personalmente, creo que ninguna norma jurídica ni moral, ni ningún sistema jurídico, moral o ético es en sí mismo neutral; toda norma es finalista, en el sentido que promueve determinados objetivos y desestimula otros; el delito de homicidio por ejemplo, no es una norma neutral, en el entendido que busca proscribir la violencia social y promueve la paz entre los miembros de la comunidad; al interior del discurso de derechos humanos, la pretensión de neutralidad parecería partir de un presupuesto ideológico bastante complicado: el sustrato axiológico de los derechos humanos es incuestionable y por ende constituye un presupuesto universalmente válido. Aunque se puede compartir esta idea respecto a las preocupaciones morales generales de los derechos humanos, no creo que ocurra lo mismo cuando nos referimos a situaciones más detalladas; para citar el ejemplo más recurrente: Puede existir un consenso amplio respecto a la libertad de cultos, pero es difícil apoyar una política estatal de libertad de cultos cuando una minoría o una mayoría monopoliza los centros de poder político; en un caso así, la libertad de cultos implicaría que la religión en el poder vería favorecido la extensión de su poder en desmedro de las demás religiones. En contextos como son más convenientes políticas de acción afirmativa (por llamarlas de alguna manera) incluso cuando estas puedan moverse en la línea de restricciones a la libertad religiosa desconocidas en el occidente contemporáneo.

³³ HAUG, Hans: *La neutralidad como principio fundamental de la Cruz Roja*, Revista internacional de la Cruz Roja, No 138, noviembre-diciembre de 1996, pp. 670-673. Recuperado el 19 de abril de 2005, en <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/iwpList156/1253000D1CBCBA20C1256DE10057D3BC>

de autoprotección, de una consideración de que el bien y el mal, lo verdadero y lo falso existen en ambas partes, de una moderación en pro de una causa más importante o de una labor específica. Pero el motivo de la neutralidad puede ser también la indeferencia, el miedo o la cobardía.”³⁴

En el caso concreto del Comité internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja (CICR), este ha proclamado repetidamente de forma explícita o implícita, que su pretensión de neutralidad se finca en el hecho de querer ser depositarios de “la confianza general”, sin importar la naturaleza del conflicto o las partes en disputa.³⁵

Pero como el mismo CICR afirma, la neutralidad³⁶ no es un valor que se pueda predicar sólo de la Cruz Roja; la aplicación de los criterios de neutralidad (es decir aquellos deberes de no-hacer que impone la acción humanitaria) e imparcialidad (los deberes de hacer), debe

³⁴ HAUG, Hans: Op. cit.,

³⁵ Por ejemplo: *Declaración de Kampala*, aprobada por la IV Conferencia Panafricana, el 27 de septiembre de 1996, en Kampala (Uganda), *Declaración de Copenhague*, aprobada por la 5ª Conferencia Regional europea, el 20 de marzo de 1997, en Copenhague (Dinamarca). Revista internacional de la Cruz Roja No. 141, pp. 347-358 y PLATTNER, Denise: *La neutralidad del CICR y la neutralidad de la asistencia humanitaria*. Revista internacional de la Cruz Roja No. 134, marzo-abril de 1996, pp. 173-193. Recuperado el 19 de Abril de 2005, en <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/iwpList152/97248E8498ECBAA1C1256DE10057AFC6>).

³⁶ Denise Plattner, miembro de la División Jurídica del CICR, propone los siguientes once elementos como intento de definición de la noción de neutralidad aplicable a las iniciativas humanitarias: (i) *La asistencia neutral es una asistencia cuya legitimidad se basa en el derecho internacional humanitario;* (ii) *La asistencia neutral no constituye una injerencia en el conflicto armado ni un acto hostil;* (iii) *Una asistencia impuesta por la fuerza armada en el marco de una acción unilateral constituye una injerencia y en consecuencia no se aviene con el criterio de neutralidad;* (iv) *Sólo la asistencia de índole exclusivamente humanitaria es neutral;* (v) *La asistencia neutral se limita a los fines refrendados por la práctica de la Cruz Roja;* (vi) *La asistencia que se presta tras el rechazo arbitrario por parte de un Estado u otra parte en conflicto de una oferta de socorro, no pierde su neutralidad, con tal de que no se emplee fuerza armada;* (vii) *El hecho de que una asistencia prestada por uno u otro de los integrantes del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja esté protegida por escoltas armados no le priva de su neutralidad, con tal de que la parte (o la autoridad) que controla el territorio por donde el convoy tiene que pasar y donde hay que suministrar la asistencia humanitaria haya aprobado plenamente los principios y las modalidades de la escolta armada y si la finalidad de ésta es proteger el socorro contra bandidos y criminales de derecho común;* (viii) *Para ser neutral, la asistencia no puede ser discriminatoria;* (ix) *Para ser neutral, la asistencia debe socorrer a los individuos según su sufrimiento y atender prioritariamente las necesidades más urgentes;* (x) *Para ser neutral, la asistencia no debe favorecer a determinados grupos o individuos con respecto a otros;* y (xi) *Una asistencia unilateral no necesariamente es no neutral.* (PLATTNER, Denise: Ibid.).

extenderse a todos aquellos sujetos de derecho internacional que están en capacidad de suministrar ayuda humanitaria, incluso, ejércitos invasores³⁷.

Para ilustrar mejor el punto, me basaré en un reciente trabajo investigativo adelantado por Joanna Macrae³⁸ a propósito de la neutralidad de la acción humanitaria.

Su trabajo apunta a su radical cuestionamiento de lo que denomina la “*nueva ortodoxia en torno a la ayuda humanitaria en situaciones de conflicto y rehabilitación post-bélica*”, que se ha gestado y expandido desde comienzos de los años 90.³⁹

Esta “nueva ortodoxia”, constituye un pensamiento dominante y se basa en dos supuestos:

- (i) Que la ayuda humanitaria debe no sólo paliar el sufrimiento sino también sentar las bases de un desarrollo futuro, y
- (ii) Que, además, la ayuda humanitaria puede contribuir a la gestión y a la construcción de la paz.

Este auge se ha generado a raíz de dos hechos: (i) El auge de los conflictos internos que ha dado lugar a la aparición de lo que Macrae denomina cuasi-Estados, y (ii) El incremento de la capacidad de la comunidad internacional para intervenir en conflictos nacionales, generado con el fin de la guerra fría y con la relativización del principio de la soberanía estatal.

Estos hechos han replanteado el peso que la ayuda humanitaria tenía en la época de la guerra fría y ha presionado un cambio en el paradigma de la ayuda; este cambio ha hecho

³⁷ Cf. PLATTNER, Denise: Ibid.

³⁸ Investigadora del Overseas Development Institute de Londres.

³⁹ MACRAE, Joanna: *Aiding Recovery? The crisis of aid in chronic political emergencies*, Overseas Development Institute y Zed Books, Londres, 2001.

surgir un nuevo paradigma hegemónico cuyo pilar fundamental reside en la idea que la ayuda humanitaria no debe conformarse, como antes, con ser un mero paliativo del sufrimiento de las víctimas de los conflictos, sino que debe aspirar a objetivos más ambiciosos, en particular, a promover la paz y el desarrollo.

El nuevo paradigma, se centra a su vez, en dos objetivos: (i) La ayuda humanitaria puede y debe ser un instrumento de gestión del conflicto, contribuyendo a su prevención y resolución. Así lo proponen numerosos documentos de Naciones Unidas, la UE o la OCDE⁴⁰, al igual que vienen manteniendo un rico debate sobre la relación entre el conflicto y el desarrollo, y (ii) La ayuda humanitaria puede cumplir dicha función mediante su vinculación con la cooperación al desarrollo, esto es, asumiendo principios y objetivos de desarrollo a largo plazo incluso aunque no hayan concluido las hostilidades. De esa forma se estaría contribuyendo a afrontar las causas raíces del conflicto, como son la pobreza y el subdesarrollo.

Macrae, formula las siguientes críticas a este paradigma: (i) El modelo teórico en que se basan estos objetivos es el “desarrollismo”, que asume que existe una secuencia de fases temporales emergencia-rehabilitación-desarrollo, que es insostenible respecto a los llamados cuasi-Estados, (ii) La segunda crítica se refiere a los presupuestos de la idea de la ayuda humanitaria como instrumento para la construcción de la paz; estos asumen que los conflictos responden a causas internas (como el subdesarrollo) desechando el papel de otras posibles causas. Y además, se parte de la base de un modelo ideal de *continuum* conflicto-acuerdo de paz-paz con elecciones que rara vez de da.⁴¹

Un segundo frente de críticas se centra en los aspectos políticos vinculados a las iniciativas de ayuda de emergencia y ayuda para el desarrollo; según Macrae⁴² ambas ayudas son

⁴⁰ Naciones Unidas, Consejo de Seguridad: Resolución 1199, de 23 de septiembre de 1998; Plan del Secretario General de las Naciones Unidas Kofi Annan, 9 de Abril de 1999, SG/SM/6952.

⁴¹ MACRAE, Joahna: Op. cit.

⁴² MACRAE, Joahna: Op. cit.

radicalmente diferentes y al momento de elegir que tipo de ayuda suministrar, los donantes lo hacen amparados en sus propios intereses políticos y en la consideración de tres factores del Estado receptor: sus capacidades institucionales, su estatus jurídico como estado soberano, y su grado de legitimidad en la comunidad internacional.

En la práctica, estas situaciones han hecho inviable el paradigma de ayuda dominante, ya que como lo concluye Macrae⁴³, el contexto político de estos Estados frágiles (vacío de poder, falta de legitimidad, falta de capacidad) determina la modalidad, el contenido y los sistemas de gestión de la ayuda internacional, plasmándose en una ayuda de emergencia vía ONG o agencias humanitarias de Naciones Unidas, que buscan resultados a corto plazo, y que se centra en la provisión de materiales e infraestructuras, pero olvidando la formación de recursos humanos y la creación de capacidades institucionales.

El tercer frente de críticas, es de tipo ético; Macrae sostiene que en la actualidad la ayuda no viene conformada por las necesidades de los receptores, sino por los intereses (políticos, comerciales, de seguridad) de los donantes⁴⁴. Esto hace correr riesgo a uno de los principios esenciales de la ayuda humanitaria: la neutralidad. También atentan contra la neutralidad y la imparcialidad, la introducción de criterios de desarrollo en la ayuda de emergencia, lo que en algunos casos puede traducirse en la imposición de elementos de condicionalidad política de la ayuda humanitaria.

En síntesis, si bien es cierto que las organizaciones humanitarias que canalizan la ayuda a los seres humanos en situación de riesgo deben ser en la mayor medida posible imparciales, independientes y neutrales, también lo es que la formulación institucional de estos principios no debe inducir a error en el sentido de prometer lo que es imposible de lograr; lo que se requiere entonces, es redefinir la idea de neutralidad; la misma pretensión de que la acción humanitaria como *praxis* es neutral, parecería implicar que esta no tiene un efecto

⁴³ MACRAE, Joahna: Op. cit.

⁴⁴ MACRAE, Joahna: Op. cit.

“distributivo” de beneficios y costos. Por David Kennedy sabemos que esto no es cierto⁴⁵; las iniciativas de protección a los derechos humanos, en la medida que son proyectos políticos, deben ser evaluados de forma previa e incluso de forma transversal a su aplicación, en aras de garantizar un mínimo de imparcialidad que permita que los canales políticos de ayuda continúen abiertos sin importar el conflicto político, religioso, étnico o económico de que se trate. Y esta imparcialidad sólo se logra especificando el impacto real de nuestra labor y no vendándonos los ojos sobre el punto.⁴⁶

⁴⁵ *“El vocabulario de los derechos humanos promete a los habitantes del distrito electoral occidental un modo de intervención emancipadora universalista y políticamente neutral en el resto del mundo. Esto nos lleva a una inocencia injustificada sobre el alcance de sus otras intervenciones y a una fe injustificada en la naturaleza neutral y universalista de una presencia en materia de derechos humanos. Intervienen más de lo que deberían. Sus intervenciones son menos efectivas que si se articularán usando otros vocabularios. Efectivas o no en sus propios términos, estas intervenciones sin-responsabilidad-o-compromiso tienen consecuencias nefastas que no se admiten ni están abiertas a escrutinio. (KENNEDY, David: El Movimiento Internacional de los Derechos Humanos: ¿Parte del Problema? translated in Themis 48, Revista de Derecho (2005).. Pág. 160)*

⁴⁶ Cf. KENNEDY, David: Op. Cit

2.2. LA TENSION ENTRE UNIVERSALIDAD Y RESPETO POR LA DIFERENCIA EN EL PENSAMIENTO CRÍTICO DE LOS DERECHOS HUMANOS.

A continuación, expondré de forma crítica, tres de las interpretaciones disponibles más representativas de la tensión entre universalidad y respeto por la diferencia.

Intentado reflejar las múltiples y variadas respuestas que este problema ha generado, y recordando la importancia de plasmar cada día más, una visión de los problemas internacionales no-anglosajona o europea⁴⁷, he decidido presentar una triada de cierta forma representativa del actual estado del debate; estas tres interpretaciones, si bien son principalmente académicas, no dejan de estar atravesadas de un profundo componente cultural y por lo menos en este caso, ahí reside su particular valía.

El profesor David Kennedy, representa según mi percepción, una de las voces críticas más autorizadas en el derecho internacional contemporáneo. Su perspectiva pragmática del problema de los derechos humanos tiene mucho que enseñar y mucho por aportar, sobre todo en el descubrimiento de problemas tradicionalmente invisibles pero igualmente graves y complejos.

El profesor Makau Mutua de Kenia, tomará la voz del continente africano en este debate; su perspectiva culturalista (por llamarla de alguna forma) tiene el plus de ofrecernos la visión de un hombre de una región del mundo donde el occidente hegemónico ha dejado numerosas y horrorosas huellas, mucha de ellas indelebles e inolvidables.

⁴⁷ Esta idea de la necesidad de dejar hablar a las “voces del sur”, del mundo “no-hegemónico”, como podría decirse, llego a mí como resultado de un intercambio informal de opiniones con el señor Ariel Dulitzky Especialista principal de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; a él le debo en gran medida, una conclusión que hoy se me antoja evidente: Si es necesario construir una teoría crítica de los derechos humanos, esta no puede ni debe construirse igual que el derecho internacional mismo, de arriba a abajo, del centro hacia la periferia, del mundo “civilizado” hacia el mundo “salvaje”; sólo una crítica multicultural o pluralista si es que tal cosa es plausible, puede constituir el sustrato de una reformulación o redefinición de la idea de derechos humanos

Finalmente, por América Latina, aparece el juez de la Corte Interamericana de derechos humanos Antonio Augusto Cançado Trindade. Este, a pesar de las resistencias que genera incluso en círculos humanitarios, representa indudablemente el ideal americano de los derechos humanos; el profesor Cançado Trindade además, tiene para ofrecer una cultura jurídica y académica que difícilmente tiene par en la región.

Estas tres personas, son por supuesto una lista arbitraria de representantes; habrá muchos que no se consideran representados por ellos o que incluso que crean que estos representan visiones minoritarias a las que resulta imposible imponer el peso de hablar por todo un continente.

Soy conciente de esta limitación pero no creo que deba ser exagerada; el esquema y los personajes propuestos, representan sólo una estrategia argumentativa que procura plasmar en alguna medida, parte de los conflictos de fondo a que se refiere el mismo argumento del escrito. Además, las agudas críticas y molestias que la inclusión de estos tres nombres puede generar, no hace sino confirmarme el puesto trascendental que ocupan en el debate actual y, si mis demás argumentos se consideran poco válidos, ese podría ser suficiente para ameritar la inclusión de los tres académicos.

2.2.1. David Kennedy y su propuesta pragmática.

Los puntos de crítica de David Kennedy parten de una evaluación pragmática (y quizás fríamente desencantada) de los derechos humanos; en el campo específico de la tensión entre universalidad y respeto por la diferencia, Kennedy cuestiona el carácter hegemónico e imperialista de los derechos humanos que impulsa el movimiento.

Su argumento general es que los derechos humanos como lenguaje y como movimiento, incurren en una excesiva pretensión de universalidad en detrimento de las iniciativas y

experiencias locales; al mismo tiempo, cuestiona que los derechos humanos promuevan una especificidad contraproducente al centrarse exclusivamente en el individuo y dejando de lado a la sociedad y el lugar que este ocupa en ella; como lo veremos enseguida, ambos argumentos, apuntan a debilitar el principio de universalidad y a reforzar el de respeto por la diferencia.

Fundamentalmente, los argumentos de Kennedy critican la idea y el lenguaje de los derechos humanos por su pretensión de proponerse globalmente como la única alternativa civilizada, universal y racional.

*“El lenguaje de los derechos humanos parece asumir algunos supuestos ideológicos: que la sociedad está formada por una colección de individuos para los cuales la felicidad o utilidad de alguno está totalmente desvinculada y no toma en cuenta intereses de otros, que las comunidades o las relaciones afectivas no tienen relevancia ética en el momento de la acción que se debe tomar. El discurso de los derechos humanos es fundamentalmente adversarial y negativo: se concentra en aquellas cosas que no le debemos quitar a alguien. Enmarca un concepto de propiedad”.*⁴⁸

Kennedy identifica al menos tres problemas en esta visión universalista de los derechos humanos: (i) El carácter arbitrario de los procesos de imposición que genera esta idea de universalidad, (ii) Las limitantes que una visión occidental del problema de los derechos humanos tendría para resolver los problemas globales del ser humano, y (iii) La imposición de valores específicos que pueden tornarse disfuncionales en determinados contextos.

Respecto al primer punto, Kennedy parecería compartir la idea de que por lo menos en cierta medida, un discurso moral debe ser edificado de manera dialógica, con participación activa de todas las voces.

⁴⁸ HOLMES, Helen y PETERSON, Susan: *Rights over One's Own Body: a Woman Affirming Health Care Policy*, Human Rights Quarterly, 1981, Pág. 73. Citado por ALVIAR GARCÍA, Helena: *Críticas al sistema internacional de Derechos Humanos*, Recuperado el 14 de marzo de 2004, en http://www.goethe.de/HN/BOG/rosa/documentos/resumen_helena_alviar.pdf

Kennedy es particularmente claro en señalar que las voces locales deben ser escuchadas no sólo porque tienen ese derecho sino además porque tienen “algo que decir”.

Este algo-por-decir se refiere a lo que denomina “*potenciales pre-existentes*”, noción con la que se refiere a aquellas formas tradicionales mediante las que las comunidades locales han resuelto sus problemas de emancipación y convivencia; Kennedy apunta que, en muchos casos, estos potenciales pre-existentes no sólo tienen el valor de representar la tradición de un lugar, sino que además pueden ser expresiones más auténticas, humanas, diversas y reales que los mismos derechos humanos.

Además, Kennedy plantea que esta deslegitimación de lo tradicional no es sólo una desvalorización errada del pasado sino ante todo un problema respecto al futuro, en la medida que desemboca en una pérdida de la capacidad de imaginar y desear futuros alternativos.

*“Como vocabulario emancipador, [el lenguaje de derechos humanos] ofrece respuestas en lugar de preguntas; respuestas que no sólo están fuera de las diferencias políticas, ideológicas y culturales, sino que incluso van más allá de la experiencia humana de especificidad, y en contra de la capacidad humana de esperar algo más, negando la calidad incierta y sospechosa de nuestros sueños inmediatos y nuestra experiencia con la justicia y la injusticia. En lugar de propiciar una discusión sobre lo que significa ser humano, de quién es humano, de cómo los humanos pueden relacionarse entre sí, aplasta esta discusión bajo el peso de la condena moral, de las sentencias de las cortes, de la certeza de lo escrito y del poder político”.*⁴⁹

Pasando a la segunda crítica, relacionada con las limitaciones de los derechos humanos como ideal occidental, Kennedy sostiene que los valores que defienden los derechos humanos son tan sólo expresiones del proceso de civilización europeo y no valores universales; tomando el ejemplo de la secularización, Kennedy sostiene que incluso en un caso así, no es predicable que sea la mejor alternativa para cualquier contexto; en

⁴⁹ KENNEDY, David: Op. cit. Pág. 156.

determinadas circunstancias y en determinadas sociedades, piensa Kennedy, puede que el componente religioso sea no solo vital sino incluso más eficiente que la idea de secularidad inmersa en los derechos humanos.

Kennedy apunta seguidamente, que la idea de universalidad contiene un presupuesto teórico que es más perjudicial que beneficioso: la abstracción.

Según Kennedy, los derechos humanos generalizan demasiado, en el sentido que remiten las demandas emancipatorias a sujetos abstractos, generales inaprehensibles y no a sujetos de carne y hueso; esta excesiva generalización torna más fácil la formulación de los problemas humanitarios ya que es posible referirlos a entidades que al no ser más que entelequias, pueden decir o no decir lo que queramos; es el caso de la idea de ser humano (como figura abstracta con unos derechos absolutos), o de comunidad internacional (un difuso conjunto de instancias a veces estatales, a veces no estatales, a veces civiles, a veces institucionales). Dependiendo de nuestros intereses podemos hacer que uno u otro sean sujetos legitimadores de cualquier proyecto. Con este argumento, Kennedy intenta mostrar la debilidad de argumentos de corte utópico, que pretender ubicar el fundamento y justificación de las iniciativas del movimiento de derechos humanos en categorías como la conciencia jurídica universal, vedadas a cualquier análisis o valoración concreta.

Finalmente, la tercera crítica de Kennedy apunta a señalar que el ideal de “un” discurso moral humanitario global, no refleja la profunda diversidad cultural entre los pueblos, ni las profundas alteridades entre las visiones de futuro que existen incluso, entre personas de una misma cultura o nacionalidad: *“Una práctica emancipadora que le-queda-bien-a-todos no reconoce y reduce la instancia y posibilidad de particularidades y variedad”*⁵⁰

Kennedy estima que el lenguaje de derechos humanos, en tanto discurso acerca de la emancipación humana se centra, quizás en demasía, en objetivos que aunque vinculados a

⁵⁰ KENNEDY, David: Op. cit. Pág. 156.

la historia de occidente no responden a valores transculturalmente válidos; valores como la razón, la protección de la esfera privada y la lucha social a través de mecanismos legales son objetivos loables, pero que en ciertos contextos pueden representar serias amenazas a valores alternativos como la fe, los valores familiares y comunales o el activismo político como forma primordial de reivindicación social.

Kennedy considera con acierto, que el movimiento no es responsable solamente de este descrédito expreso de los saberes locales, sino que además, su comportamiento “imperialista” se agrava con la tendencia del propio movimiento a negar tal situación.⁵¹

Es más, de hecho, Kennedy es muy sagaz al sostener que cuando Occidente se propone como ejemplo del progreso ante los no-occidentales, lo hace a través de una imagen fantasmagórica de lo que el mismo occidente es: “[...] la forma de modernización propuesta por el movimiento de los derechos humanos en las sociedades tercermundistas está basada muchas veces en una fantasía acerca del occidente moderno, liberal y capitalista”.⁵²

Esta crítica de Kennedy se hace palpable en varias situaciones; Kennedy propone como ejemplo el tratamiento legal de los derechos de propiedad impulsados en el tercer mundo en versiones mucho más formales y absolutas que las se conocen en el occidente desarrollado, pero se antojan algunos más; es el caso por ejemplo de la democracia, los subsidios estatales a los sectores agrícolas o la libertad de expresión. Cuando occidente se refiere a estos como problemas del tercer mundo, lo hace proponiendo remedios radicales (democracia como única forma de gobierno, desmonte total de subsidios, o libertad de expresión absoluta).

⁵¹ Este es, en sí mismo, un punto de aguda crítica en los círculos actuales. Al comportarse como si no fuera un monopolio, los derechos humanos como discurso y como movimiento, facilitan la distracción respecto al punto y mantienen en reposo la discusión al respecto. (Véase por ejemplo, KENNEDY, David: *International Humanitarianism: The Dark Sides*. 6 *The International Journal of Not-for-Profit Law* 3, (June, 2004). Recuperado el 11 de mayo de 2005, en http://www.icnl.org/JOURNAL/vol6iss3/ar_kennedy.htm

⁵² KENNEDY, David: Op. cit. Pág. 159.

No importa si compartimos o no estas visiones radicales, de hecho todos estaríamos de acuerdo, en abstracto, por ejemplo, con una libertad de expresión total y absoluta; el punto que Kennedy intenta poner sobre la mesa es que al pretender imponer estándares que ni siquiera en las sociedades más progresistas se aplican, se están alentando políticas llamadas al fracaso y que por ejemplo en el caso de los derechos de propiedad que presenta Kennedy, puede acarrear graves consecuencias en el mismo campo de los derechos humanos (por ejemplo a nivel de redistribución de la riqueza, reformas agrarias, etc.). Como mostraré a continuación, este punto parece ser un lugar común en las críticas desde el tercer mundo a los derechos humanos; Makau Mutua considera que determinadas iniciativas de derechos humanos de aplicarse en África con la fórmula occidental podrían agravar los enormes problemas en materia de distribución del poder y del ingreso.

A manera de cierre, podemos decir que la crítica general de Kennedy, se mueve entre la descalificación radical de la idea misma de derechos humanos y el cuestionamiento de ciertos lugares comunes que aunque fuertemente arraigados en el movimiento y en el lenguaje humanitario, aceptan una reforma.⁵³

Lo que parece claro es que Kennedy cuestiona el silencio que la idea de universalidad le impone a las voces locales y plantea muy convencidamente, que estas voces locales pueden expresar discursos emancipadores o prácticas comunales que en sus contextos, pueden ser

⁵³ Una cuestión vital para entender la crítica propuesta por Kennedy es la división que plantea entre “malos usos” de los derechos humanos y fallas estructurales del movimiento de derechos humanos. Los malos usos son esencialmente tergiversaciones o extralimitaciones en la *praxis* de los derechos humanos; esta primera categoría, como cualquier mal uso, no implica una deslegitimación del discurso en sí mismo ya que al ser en cierto grado una “falsación” del discurso no es posible acometer contra este como el causante de ese mal uso; en esta medida un mal uso representa una falla coyuntural y no una estructural. Las fallas estructurales, que son las que Kennedy denuncia, son aquellas que sin falsear el discurso, hacen un uso de este que entra en tensión con los principios mismos de los derechos humanos; en lugar de tergiversar, en este caso se aprovechan los ángulos muertos del discurso, aquellas zonas grises que pueden permitir a través de ciertas interpretaciones usos problemáticos de sus postulados. Las líneas que dividen un tipo de uso del otro son tenues y delicadas, y su reconocimiento, es en sí mismo un ejercicio interpretativo que involucra el empleo de categorías morales humanitarias o no; en esta medida, el mismo proceso de reconocimiento de estas líneas de separación puede constituir un uso de la narrativa moral humanitaria analizada por Kennedy; así, dependiendo de la posición ideológica del interprete, de su cosmovisión, es posible reconocer diferentes líneas y valorar de maneras disímiles usos específicos del discurso.

mucho más beneficiosas que los derechos humanos; obviamente esto plantea una solución de cierta forma difusa a la tensión entre universalidad y diferencia cultural.

Por un lado, Kennedy señala la imposibilidad o mejor la inconveniencia de fijar un discurso moral universal en detrimento de expresiones que reflejen la diversidad y complejidad propias de la humanidad y del ser humano; pero por el otro, remite la legitimidad de esas voces locales a un criterio pragmático que nunca será neutral y que abre la ventana a nuevas iniciativas universalistas; “que hablen las voces locales” sí, pero siempre y cuando los remedios propuestos por estas superen cierto rasero pragmático.

Esta aparente ambigüedad no es resuelta del todo por Kennedy; de hecho, sus críticas intentan más ser catalizadores de nuevas preguntas que proveedores de respuestas; como lo planteo antes, la crítica de Kennedy se ubica en el escenario de un análisis general del movimiento de derechos humanos pero sin llegar propiamente al nivel de especificidad que permite empezar a suministrar respuestas; esta no es una falencia en el aporte de Kennedy, sino más bien un objetivo premeditado; esta actitud de Kennedy se extiende a lo largo de sus escritos críticos acerca de los derechos humanos y desde mi perspectiva es defendible y valiosa; no obstante, por si misma, la argumentación de Kennedy se plantea como insuficiente para estructurar una nueva articulación entre los principios de universalidad y diferencia cultural.

2.2.2. Makau Mutua y la descalificación cultural y política de los derechos humanos como narrativa moral hegemónica.

La crítica del profesor Makau Mutua de Kenia, apunta al cuestionamiento de la misma base ideológica de todo el movimiento de derechos humanos.

Si bien Mutua no cuestiona las metas abstractas del movimiento, las que considera nobles y razonables, guarda una inmensa divergencia con respecto a las expresiones concretas de la acción humanitaria.

El punto de partida de Mutua es su consideración de que los derechos humanos no son tan universales y multiculturales como se proponen⁵⁴, sino que más bien, reflejan una actitud eurocentrista que ha conducido a la imposición involuntaria de normas políticas, económicas y culturales occidentales en sociedades no occidentales.

Pero Mutua no es del todo radical en su descalificación; de hecho, en varios de sus escritos se muestra como partidario de la protección internacional de los derechos humanos y del avance gradual de la normativa y de las instancias de monitoreo y juzgamiento⁵⁵; los inconvenientes que Mutua encuentra se refieren sobre todo, a la aplicación de los estándares humanitarios de Occidente en sociedades de mundo no-desarrollado, principalmente en África.

Esta desconfianza de Mutua parte del reconocimiento de la tensión entre los principios de universalidad y respeto por la diversidad. Mutua cree que la reconciliación entre estos dos principios sólo es posible a través de un cuidadoso examen de las culturas locales, que propicie un entendimiento entre los valores locales y el principio de la dignidad humana considerado extensivamente. Según Mutua, es indispensable que el movimiento de derechos humanos sea reestructurado de tal forma que represente una iniciativa verdaderamente multicultural, inclusiva y profundamente política.

Mutua se propone, implícitamente, como la mayoría de los críticos, receptivo ante la idea del carácter dialógico de la narrativa de los derechos humanos; el jurista keniano, no deslegitima la idea de derechos humanos como tal sino que considera que esta deviene en

⁵⁴ Cf. MUTUA, Makau: *Human Rights*: Op. cit.

⁵⁵ Véase por ejemplo: MUTUA, Makau: *America and the International Criminal Court*, Nation (Nairobi), January 11, 2004.

ilegitima en la medida que sea utilizada como un discurso salvador, imperialista que haga tabula rasa de los conocimientos tradicionales de los pueblos del tercer mundo. En este punto encontramos un área de contacto entre Mutua y Kennedy.

El problema con la tensión entre *universalidad y respeto por la diferencia* radica según Mutua, en los presupuestos ideológicos de los derechos humanos como narrativa moral; según el keniano, los derechos humanos son contrarios de suyo, a la construcción de un mosaico multicultural global y mucho más aún a la construcción de canales de afianzamiento de un pluralismo global⁵⁶; a partir de este presupuesto, los derechos humanos favorecen una visión según la cual los Estados occidentales tienen el derecho y el deber de “convertir” a los países no-occidentales en países civilizados.

Mutua advierte que una idea como esta sólo es argumentable si al mismo tiempo, se parte de la convicción de que los derechos humanos representan una verdad absoluta y no un consenso político sujeto a deliberación.⁵⁷

Esta acusación de fundamentalismo la sustenta Mutua recordando como, por ejemplo, la Declaración Universal ha adquirido gradualmente un carácter sagrado, un talante incontestable que pareciera imposibilitar cualquier reformulación de los ideales y procedimientos humanitarios; esta percepción la comparte Mutua con Kennedy, quien ha sido persistente en asegurar que los derechos humanos se convierten día a día en un objeto

⁵⁶ Las nociones de “multiculturalismo” y “pluralismo” son interpretadas por Mutua, según lo entiendo, de forma similar a como lo hace Giovanni Sartori en su ensayo “*La Sociedad Multiétnica*”; desde estas perspectivas, el multiculturalismo es un esquema de relación cultural basado en la compartimentalización de la sociedad, es decir, propone un mundo donde las culturas viven juntas pero jamás integradas; es un modelo de cultura de “guetto” si se quiere; el pluralismo, por el contrario, implica integración, síntesis de las culturas en encuentro; el pluralismo, se propone entonces como lo contrario al multiculturalismo, como la destrucción de los compartimentos y el sometimiento general a una cultura presupuesta como consensuada.

⁵⁷ Como lo propondré al final, incluso en el campo de los derechos humanos, un diálogo intercultural es necesario; más allá de los presupuestos teóricos de los derechos humanos, según los cuales estos son universales y absolutos, se debe prestar atención a las condiciones reales de la *praxis* política; estas condiciones, nos revelan que, en la medida que los paradigmas internacionales no provengan de consensos más o menos legítimos, sólo alcanzaremos acuerdos de papel, que intentarán esconder, sin ningún éxito, las profundas fracturas existentes en la sociedad internacional.

de devoción más que una teoría sobre el progreso humano y que por ende, los espacios de autocrítica y de valoración pragmática también han ido haciéndose menores⁵⁸.

Según Mutua, los derechos humanos, desde la promulgación de la Declaración, han reforzado la idea de que es posible dividir el mundo en buenos y malos, y de que los derechos humanos constituyen la única llave para derrotar a los segundos.⁵⁹

Esta es la crítica que Mutua formula como “los derechos humanos como metáfora”; Mutua plantea que la narrativa de derechos humanos expresa una triple metáfora integrada por tres figuras: (i) el salvaje, (ii) la víctima, y (iii) el salvador.⁶⁰

El salvaje, es el violador de derechos humanos, que normalmente se refiere a un Estado del mundo no desarrollado; Mutua plantea con acierto que esta estigmatización de los Estados termina en la práctica siendo una descalificación de los pueblos y culturas que se hallan tras estos Estados; es a partir de esta idea que un deber loable como la protección internacional deviene en últimas en un ataque directo a la legitimidad de las culturas no-occidentales.

La figura de la víctima representa la fuerza impulsora de la ideología de los derechos humanos; sin embargo, a pesar de este énfasis en la protección de la víctima, Mutua cree que las iniciativas humanitarias se formulan en términos que perpetúan una brecha entre la reivindicación humanitaria como tal y los problemas reales de la persona de carne y hueso; esto según Mutua genera una nueva victimización más que una salida a la problemática y deshumaniza a los individuos de las sociedades oprimidas.⁶¹

⁵⁸ KENNEDY, David: Op. cit. Pág. 150.

⁵⁹ Cf. MUTUA, Makau: Op. cit.

⁶⁰ Cf. MUTUA, Makau: Op. cit.

⁶¹ Kennedy también cree que los derechos humanos promueven esta conflictiva asignación de roles; según Kennedy, la afirmación de deberes y derechos para cada rol por parte del movimiento de derechos humanos constituye un serio obstáculo para la solución de graves problemas humanitarios en el tercer mundo. Cf. KENNEDY, David: Op. Cit. Pág. 161-163.

El ataque más fuerte lo dirige Mutua a la figura del “salvador”, que representa a las organizaciones humanitarias como Naciones Unidas o las ONG’s; Mutua manifiesta que al incorporar en el discurso humanitario objetivos como la democracia liberal, la liberalización de mercados y los valores de la cultura occidental, los defensores de derechos humanos le traen reminiscencias de los misioneros y colonialistas de otrora, “*del último linaje de los dominadores europeos*”, es decir, termina asignándosele a los representantes del movimiento la tarea de iluminar, civilizar, o ilustrar a los salvajes del mundo no-occidental.

Otro de los puntos que Mutua cuestiona se enmarca en lo que el denomina “los derechos humanos como ideología”; Mutua identifica en este punto al menos cuatro escuelas o corrientes de pensamiento al interior del movimiento de derechos humanos: (i) Los doctrinantes convencionales, (ii) los constitucionalistas, (iii) los pluralistas culturales y (iv) los estrategas políticos; la alineación de tal o cual agente en determinada corriente depende de las prioridades, la orientación política y las estrategias de protección que se defiendan.

Las principales características de estas corrientes son:

- (i) Los *doctrinantes convencionales* representan principalmente a las ONG’s internacionales; Mutua los denomina “los soldados de a pie del movimiento” y aunque alaba su energía y entrega critica el sustrato civilizador y europeo de su accionar; según Mutua, los miembros de las ONG’s tienen la tendencia a asumir su trabajo como un apostolado a favor de los salvajes, pobres y oprimidos del mundo, lo que genera profundas tensiones y distorsiones en su labor.
- (ii) Los *constitucionalistas* son el ala académica del movimiento y buscan principalmente, la consolidación de un marco constitucional-internacional que garantice la protección de los derechos.
- (iii) Los *pluralistas culturales* son académicos o pensadores por lo general no-occidentales que comparten la idea de general de derechos humanos pero que

cuestionan las implicaciones políticas, el énfasis en el individuo y la priorización de algunos derechos (por lo general los derechos civiles y políticos sobre los derechos económicos, sociales y culturales),

- (iv) Finalmente, los *estrategas políticos*, representan a los gobiernos (principalmente EE.UU.) y a las organizaciones internacionales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario internacional; estos se caracterizan por una utilización estratégica del discurso de derechos humanos, normalmente como instrumento de legitimación de otros objetivos.

Esta división del movimiento en pequeñas facciones más o menos diferenciables ilustra según Mutua, las mismas contradicciones y tensiones que el movimiento experimenta en la actualidad y revela, la necesidad de repensar varios aspectos de los derechos humanos en busca de un nuevo consenso sobre la materia.⁶²

En resumen, Mutua aboga por la apertura de espacios de debate donde sea posible redefinir la idea de derechos humanos, espacios que garantizarían a su vez, que los derechos humanos serán no sólo una narrativa occidental sobre el progreso sino ante todo, un acuerdo plural sobre las mejores estrategias de emancipación humana.

La crítica de Mutua es reveladora y original aunque por momentos cae en una excesiva xenofobia respecto a cualquier idea foránea. Tampoco es muy claro el significado que Mutua le otorga a las nociones de pluralismo y de multiculturalismo, ya que por momentos parece tomarlos como categorías compatibles y en otros como alternativas posibles; Mutua también es débil es sostener la legitimidad de ciertas prácticas culturales polémicas como la mutilación genital femenina o la restricción general a los derechos de género.

⁶² Cf. MUTUA, Makau: Op. cit.

No obstante, y más allá de estos puntos, los argumentos de Mutua son de singular importancia, ya que como lo había mencionado antes, provienen de un representante de un continente masacrado y empobrecido por occidente desde hace varios siglos.

Si las voces de las víctimas de occidente es a favor de la discusión global y no a favor del ostracismo cultural, creería yo, esta puesta la primera piedra de la construcción pluralista de una nueva idea de derechos humanos.

2.2.3. Cançado Trindade y la consolidación de una *Opinio Juris Communis* como reflejo de una conciencia universal.

Las posiciones teóricas, éticas y políticas del juez de la Corte Interamericana de derechos humanos Antonio Augusto Cançado Trindade son bastante conocidas y debatidas en los círculos académicos latinoamericanos actuales, donde su labor al interior de la Corte es fuente constante de agitación y debate crítico.

Específicamente, me he enfocado en los votos separados que el juez Cançado ha tenido ocasión de presentar tanto frente a sentencias en casos contenciosos como frente a opiniones consultivas expresadas por la Corte.⁶³ Las posiciones de Cançado Trindade por

⁶³ Aunque como queda dicho esta posición es un intento de síntesis del aporte teórico que respecto al tema de universalidad de los derechos humanos ha ofrecido el juez Cançado Trindade, se debe señalar que no todos sus votos son fuentes igualmente valiosas de información; en particular resalto como documentos interesantes los siguientes:

- Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17. Voto Juez Cançado Trindade.
- 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. Voto Juez Cançado Trindade.
- Corte IDH. Caso Gangaram Panday Vs. Suriname. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C No. 12. Voto Juez Cançado Trindade.
- Corte IDH. Caso Castillo Páez Vs. Perú. Excepciones Preliminares. Sentencia de 30 de enero de 1996. Serie C No. 24. Voto Juez Cançado Trindade.
- Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares. Sentencia de 2 de julio de 1996. Serie C No. 27. Voto Juez Cançado Trindade.
- Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36. Voto Juez Cançado Trindade.
- Corte IDH. Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de septiembre de 1998. Serie C No. 41. Voto Juez Cançado Trindade.

su profundidad e indudable calidad intelectual, representan un insumo particular, escasísimo, en días como los nuestros, donde son pocos los jueces que se atreven a sostener y mantener públicamente posiciones políticas, jurídicas y éticas que no son compartidas por la mayoría de sus colegas ni de las personas en el poder político.

Desde una perspectiva general, es posible sostener que la posición de Cançado es favorable a la idea de resolver la tensión entre universalidad y respeto por la diferencia a favor de la primera; no obstante, como veremos enseguida, la complejidad y variado origen de los fundamentos teóricos empleados por Cançado Trindade hacen que denominarlo un “universalista” sea un simplismo intelectual improcedente; como ocurre con todos los pensamientos sofisticados, los argumentos y las conclusiones de Cançado deben ser revisados rigurosamente y valorados siempre desde una perspectiva integradora de su ideario.

La base del argumento universalista de Cançado Trindade (permítaseme usar esta expresión con fines meramente ilustrativos) se apunala en lo que el mismo denomina “*el ideal universalista de la *societas gentium* de los fundadores del derecho internacional*”.⁶⁴

Este ideal, según la interpretación elaborada por el juez brasileiro, se basa en la idea que los problemas del ser humano son una preocupación legítima de toda la comunidad internacional e incluso, de la humanidad como un todo.⁶⁵

Cançado Trindade, haciendo un interesante recuento histórico que arranca por Francisco de Vitoria y termina en Hugo Grotius, pasando por Francisco Suárez, recuerda como desde sus

- Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 22 de enero de 1999. Serie c No. 48. Voto Juez Cançado Trindade.

- Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz. Vs. El Salvador Sentencia de 01 de marzo de 2005. Serie C No. 120. Voto Juez Cançado Trindade.

⁶⁴ 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. *Voto Juez Cançado Trindade*, Párrafo 13.

⁶⁵ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. *Ibid.* Párrafo 2.

orígenes, el derecho de gentes (que a su vez es entendido como el depositario de los derechos del ser humano) fue pensado como un Derecho universal y no como un Derecho internacional, idea esta última que sólo se afianzo hasta el siglo XIX cuando irrumpió de lleno el paradigma del voluntarismo positivista.

Desde esta perspectiva, Cançado ve en la llamada “comunidad internacional” tan sólo un antecedente de una sociedad universal, llamada esta última a estar regida por un derecho de gentes de base humanista.

Estas elucubraciones desde mi perspectiva, tienen fundamento. Veamos a vuelo de pájaro el recorrido propuesto por el jurista brasileiro.

El recuento de Cançado Trindade empieza como ya anoté con la obra de Francisco de Vitoria; señala cómo este autor utilizó para referirse a la comunidad internacional la noción de *Totus orbis* que como es evidente, lejos estaba de querer representar una comunidad interestatal o una comunidad internacional que no alcance una dimensión auténticamente global.⁶⁶ Igual situación se evidencia en Suárez quien empleó la noción de *societas universal* para referirse a la destinataria del derecho de gentes, apuntando de paso, que el derecho de gentes revelaba la unidad y universalidad del género humano, el cual a su vez era entendido como el conjunto de todas las naciones, pueblos y seres humanos del orbe⁶⁷. Grotius por su lado, continúa la tradición universalista al señalar que el llamado *jus gentium* era un medio de perfeccionamiento de la *societas común que abarca toda la humanidad*, y no un mero sistema jurídico sujeto a la voluntad política de las naciones.⁶⁸ Finalmente, como antecesor de Grotius, Cançado Trindade se refiere también a Alberico Gentili, quien sostuvo a finales del siglo XVI, que el derecho de gentes era el Derecho que regulaba la convivencia entre los miembros de la *societas gentium universal*.

⁶⁶ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Ibid. Párrafo 4.

⁶⁷ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Ibid. Párrafo 5.

⁶⁸ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Ibid. Párrafo 6-7.

En todos estos autores, se revela indudablemente una vocación universalista e integradora; en ello es indudable que Cançado Trindade acierta; sin embargo, surge la duda de si estas ideas, precursoras y por ello mismo dotadas de cierta inocencia primigenia, son fruto de posiciones utópicas que no se plantearon (por una cuestión evidentemente histórica) las complejas circunstancias de la vida internacional de nuestros días. Existe además un segundo argumento que debilita la “referencia al pasado” hecha por Cançado: la idea de universalidad expresada por estos autores se hallaba supeditada a un paradigma superior: la conquista por parte de las potencias europeas de todo el mundo; los antecesores que cita el juez brasileiro propendían por una universalidad, por supuesto, pero bajo la ideología y la bota europea.

A pesar de estas dos situaciones, puede decirse que la referencia a los fundadores es válida, como insumo teórico; pero siempre y cuando no se utilice para justificar sin más, posiciones teóricas que como las de Cançado Trindade, no tienen la opción de sumergirse en el mundo intemporal de las ideas descuidando las características actuales de la evolución del mundo de los asuntos internacionales.

Este argumento por supuesto es visto y señalado por Cançado; el juez brasileiro atestigua que nuestros días están lejos de ser la utopía universalista de sus referentes, lo cual sin embargo, no lo lleva a pensar que tal utopía no siga teniendo plena validez.

Por el contrario; Cançado Trindade considera que este “alejamiento” no ha hecho nada diferente a darle nuevos bríos a esta utopía; estos nuevos bríos son lo que Cançado denomina el “despertar” o la reacción de la Conciencia Jurídica Universal (*Opinio Juris Communis*) actual fuente material *par excellence* del propio Derecho Internacional⁶⁹.

⁶⁹ Corte IDH, Caso Barrios Altos, Sentencia de Fondo, Voto del Juez Cançado Trindade, Párr. 13.

Desde este enfoque, Cançado propone que las tendencias actuales han conducido a que la normativa internacional de protección creada a partir del afianzamiento de esta *conciencia jurídica universal* se dirija indubitablemente hacia la edificación de un complejísimo y eficiente⁷⁰ *corpus juris* (positivo y consuetudinario vale decir) que jalona de forma imperiosa a todo el derecho internacional hacia su nuevo eslabón de desarrollo, y al derecho internacional de los derechos humanos hacia un renovado y vigoroso estatus que permitirá extirpar la impunidad de su ámbito y hacer de los derechos humanos una realidad cada vez más próxima.⁷¹

Ahora, una de las principales deficiencias del enfoque de Cançado Trindade es que polariza en exceso la discusión, al proponer como partes enfrentadas a una supuesta comunidad universal y al conjunto de Estados, dejando de lado el hecho de que los Estados en muchos casos, son representantes legítimos de sus pueblos y de sus tradiciones culturales.

Si la discusión se plantea como un enfrentamiento Estado-sociedad universal, se tiene un segundo problema; uno de los supuestos de movimiento de derechos humanos y del paradigma mismo de la protección internacional es la incapacidad del Estado para proteger por sí mismo los derechos de las personas bajo su jurisdicción; personalmente, identifico incluso una descalificación radical de cualquier sistema de protección a los derechos del ser humano basado en los Estados.

⁷⁰ Si bien no faltan las posiciones que cuestionan la efectividad o relevancia de estas normas es indudable que han constituido un verdadero límite a la actividad estatal y privada en todos los países. Al respecto en el documento *Recomendaciones de las ONGs al Estado venezolano para un Programa Nacional de Derechos Humanos*, Preámbulo, julio de 1997, Alirio Abreu Aurelli sostiene: "No cabe duda sobre la fuerza ejecutiva que tienen estas disposiciones sobre derechos humanos. No se trata de principios programáticos, teóricos, meramente éticos, que pueden no orientar la actividad del Estado y de las comunidades, sino ley vigente cuya aplicación puede calificar mejor que otro medio la sinceridad de un régimen de derecho y el grado de civilización de un país".

⁷¹ Críticos como Kennedy, ven en afirmaciones como estas, una confianza demasiado amplia en los derechos humanos; si bien todos podríamos estar de acuerdo con que el fin de la impunidad en materia de derechos humanos es un objetivo loable y legítimo, no ocurriría lo mismo a la hora de valorar las políticas concretas que permiten alcanzar ese fin; Cançado interpreta que la consolidación de toda herramienta a favor de la defensa de los derechos humanos es un avance hacia el progreso; Kennedy con justa razón desconfía de esta devoción.

Esto no solo contradice la realidad, en el sentido de que los Estados han sido protagonistas importantes de la construcción de toda la red de protección actual, sino que esconde un prejuicio que aunque plausible en general, no puede imponerse arbitrariamente a cualquier Estado; este prejuicio es el de la inmoralidad radical de su ejercicio de poder, el de su tendencia a la violación de los derechos de las personas y el del entorpecimiento planificado del avance de la normativa internacional de protección.⁷²

Algunos dirían objetando mi interpretación, que el problema con los Estados no radica en su naturaleza sino en el ámbito en el que debe funcionar: la política.

A diferencia del Derecho, la política está y debe estar abierta al cambio intempestivo de criterio, al cambio de reglas de juego e incluso como ya lo planteó Maquiavelo, al comportamiento inmoral.

Tanto si el enfoque es el primero o el segundo, nos topamos con un grave escollo: Al partir de la deslegitimación total de los Estados para conversar en la arena internacional en materia de derechos humanos, o por lo menos al partir de una profunda desconfianza por sus acciones, estamos aniquilando cualquier posibilidad de fortalecer las voces locales.

Pero más allá de esta dificultad, la perspectiva de Cançado Trindade es profundamente útil en la medida que nos suministra un ideal que sirve de guía para la resolución de los actuales problemas entre universalidad y diferencia cultural; su propuesta de una sociedad común universal, y no de una mera comunidad internacional, nos recuerda que más allá de las

⁷² Se puede recordar por ejemplo, como Cançado Trindade ha sido particularmente incisivo en recordar la necesidad de construir un nuevo derecho internacional a partir del respeto irrestricto por la dignidad de cada hombre, que gire en torno a la noción de persona humana y no en torno a la noción de Estado; en la práctica esta pretensión del juez brasilero tiene el objetivo de desencadenar todo un replanteamiento de capítulos enteros del Derecho Internacional como el Derecho de los Tratados y el Derecho de la Responsabilidad Estatal. Cf. Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares. Sentencia de 2 de julio de 1996. Serie C No. 27. Voto Juez Cançado Trindade, y Caso Blake Vs. Guatemala. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36. Voto Juez Cançado Trindade.

diferencias políticas, religiosas o culturales, debemos enfocarnos en lo que nos une: la pertenencia a la familia común de la especie humana; y esta debe ser retomada, a pesar de su aparente carácter idealista, ya que de hecho constituye la raíz y fundamento último de la necesidad de la integración entre todos los pueblos del mundo.

2.3. EL AFIANZAMIENTO DE UN PLURALISMO GLOBAL BASADO EN UNA IDEA AMPLIA DE DIGNIDAD HUMANA.

Las tres críticas expuestas ofrecen varios elementos a tomar en cuenta y a su vez, varias deficiencias que no se deben pasar por alto. Cada uno de los autores expuestos suministra puntos de partida muy valiosos para una crítica general a la teoría y la práctica de los derechos humanos, pero son insuficientes para abordar problemas más específicos, como por ejemplo la tensión analizada en este trabajo. En las páginas que siguen presentaré sucintamente cinco principios que considero responden de forma plausible a esta cuestión; procuraré valirme de los fuertes asideros recogidos a lo largo del escrito para intentar proponer una salida alternativa al problema de la tensión entre universalidad de los derechos humanos y respeto por la diferencia cultural.

2.3.1. La Comunidad internacional tiene el deber de impulsar estructuras y procesos que garanticen un gradual afianzamiento de un pluralismo global.

Quizás el aspecto más destacable de las críticas mencionadas, reside en el llamado a la apertura de espacios de conversación intercultural como estrategia de construcción de una idea de derechos humanos auténticamente pluralista.

Pero no debemos llamarnos a engaños; esta apertura de espacios requiere de la acción política coordinada de una gran cantidad de agencias nacionales e internacionales y sobre todo, de un ambiente de búsqueda de consensos y no de reivindicaciones propias.

En este marco, las ONG's internacionales deben actuar como visagra entre los ámbitos locales y los internacionales, siempre en atenta y minuciosa reserva de sus deberes de neutralidad e imparcialidad; el papel de las ONG's se revela como valioso dado su origen nacionalmente diverso y su relativa autonomía con respecto a los intereses políticos internacionales.

Ahora, con esto no quiero decir que la discusión que nos lleve a enriquecer la idea de derechos humanos no deba ser política; por el contrario; quizás uno de los puntos que más debilita la actual idea dominante de derechos humanos es su pretendida e ilusoria neutralidad; los derechos humanos son y deben ser una apuesta política concreta y pública y no una agenda invisible (aunque igualmente evidente).

Además, lo que Makau Mutua llama “afianzamiento de los canales de consolidación de un pluralismo global” no puede ser entendido como un objetivo alcanzable sólo a través de tratados o de reuniones diplomáticas.

Los procesos migratorios mundiales, las iniciativas de ayuda humanitaria, la actividad de las agencias internacionales de monitoreo y tutela, deben hallarse en sintonía con este objetivo de alcanzar un pluralismo global.

No tendría sentido que por un lado, los diplomáticos se hallen acordando nuevas normas internacionales si al mismo tiempo las autoridades de los países desarrollados despliegan programas represivos que limitan el legítimo derecho a migrar o que imponen condiciones inhumanas a los extranjeros que viven en sus países.

Gran parte de las tensiones culturales que impiden que hoy dispongamos de una idea transcultural de derechos humanos, reside en los profundos resentimientos y desconfianzas que el mundo no-desarrollado guarda respecto al occidente desarrollado; en este sentido, no se puede pretender que en un mundo injusto donde se reconoce abiertamente la existencia de seres humanos de primera, segunda y tercera categoría se acoja simultáneamente una utopía universal que pueda incluso agravar la situación de los menos favorecidos.

Tampoco se puede pretender que se requiere solventar todos los problemas del mundo antes de hablar de una idea universal de derechos humanos; de hecho, la importancia de los derechos humanos es que nos recuerdan que por más problemas que las sociedades

padezcan, por más oscuro que se vea el futuro de un pueblo o del mundo entero, siempre es necesario mantener unos mínimos preceptos que mantengan abierta la puerta de la solución a estos.

En un mundo perfecto quizás los derechos humanos no serían necesarios; pero en un mundo radicalmente injusto, tampoco sobran las razones para que estos se vean como una alternativa atractiva. La salida está en un punto medio. Requerimos de un orden internacional comprometido con la solución de los grandes problemas globales, principalmente el hambre, las carencias educativas y los genocidios por motivos ideológicos o étnicos. Sin un marco así, la idea de derechos humanos se verá en el tercer mundo como un nuevo mecanismo de control, como una nueva idea somnífica que venderá ilusiones por un lado y llevará zozobra y desencanto por el otro.

Nadie dice que la solución de estos problemas sea fácil, pero tampoco creo que nadie sostenga que no sea necesaria, y mucho más, si somos aquellos que hablan en nombre de los derechos humanos.

La tantas veces mencionada construcción dialógica de unos principios humanitarias aplicables en todo tiempo y lugar, se hace entonces el único camino pensable, pero esta salida, como también ha quedado claro, requiere de acuerdos internacionales que aún no se tornan del todo factibles; en ese camino es que debemos empezar a trabajar inmediatamente.

2.3.2. La Maximización del principio de autodeterminación de los pueblos.

En la actualidad, el principio de autodeterminación de los pueblos es una norma de derecho positivo internacional que la práctica de los Estados y misma evolución de la normativa del Derecho internacional de los derechos humanos ha llevado más allá de aquellas situaciones en que la problemática del colonialismo está presente directamente; hoy, este principio

debe aplicarse tanto en situaciones post-coloniales e incluso, en situaciones que carecen de cualquier relación con situaciones coloniales.⁷³

Aunque las relaciones de colonización tal como se conocieron en los dos siglos anteriores han desaparecido, los actuales procesos de globalización plantean situaciones que sin llegar a constituir un imperialismo propiamente dicho, si representan prácticas hegemónicas que restringen el derecho de cada pueblo a determinar su destino. Más allá del juicio moral que nos merezca el avance global de los derechos humanos creo que podríamos estar de acuerdo en que es una iniciativa hegemónica en el sentido expresado. De hecho si tal cosa no fuera así, este escrito no existiría.

Creo que la autonomía política y jurídica de los pueblos debe ser maximizada. La frecuente idea de que el principio de autodeterminación constituye una prebenda a favor de “Estados” arbitrarios y cerrados y no el reconocimiento de un derecho de los “pueblos” ha legitimado que constantemente, el principio de autodeterminación se vea como una prerrogativa anacrónica, más aún en un mundo globalizado como el actual.

Sin embargo tal cosa constituye una tergiversación de la realidad; aunque si bien el derecho de autodeterminación en la práctica constituye un beneficio directo de los Estados, este hecho no es suficiente para desvirtuar que detrás de estos Estados inexorablemente se encuentran pueblos y que estigmatizar a los primeros acarrea una deslegitimación de los segundos.

A la hora de pensar en un modelo de relación entre las culturas del mundo se plantean dos caminos alternativos: (i) La construcción de un mosaico multicultural, o (ii) La construcción de una sociedad pluralista y universal; tanto en un caso como el otro, según lo vimos, los pueblos deben jugar un papel protagónico en la medida que toda edificación de

⁷³ Cfr. VAJIC, Nina: *El derecho de autodeterminación en el marco de las Naciones Unidas y su relación con la situación en Croacia*. Recuperado el 13 de mayo de 2005, en <http://www.studiacroatica.com/revistas/126/1260600.htm>

un discurso moral y político como los derechos humanos, debe ser fruto de una dinámica dialógica y no fruto de la imposición de una parte sobre las demás. Este papel protagónico no puede ser tal si todas las partes intervinientes no son consideradas como iguales

“Muchos estados, incluyendo muchos que lograron su independencia por un proceso de descolonización, comparten la opinión que una interpretación más amplia del derecho de autodeterminación podría resultar contraproducente y llegar a fomentar ciertas tendencias neocolonialistas o limitar su independencia recientemente adquirida.”⁷⁴

No se puede olvidar, a fin de cuentas, que es un legítimo derecho de los pueblos proteger e intentar perpetuar el legado que representa su identidad nacional o cultural y que la adaptación de estas culturas a estándares foráneos sólo puede ser legítima en la medida que estos últimos expresen valores transculturalmente superiores y que sean fruto de una dinámica dialógica.

Otro punto importante está en determinar donde se rompe el límite a este derecho de los pueblos y se empiezan a vulnerar derechos fundamentales del ser humano que por su naturaleza, deben considerados como válidos en todo lugar y momento. Este es un trabajo que requerirá enormes esfuerzos de parte de los Estados y de la sociedad civil internacional pero que es urgente adelantar.

Esta práctica imperialista ha generado y seguirá generando tensiones que no contribuyen en la construcción de un estándar pluralista; la propagación de la idea de que los derechos humanos representan un “instrumento de presión política” no hace más que alentar las voces intolerantes que claman de tiempo atrás por una reafirmación de los principios del “respeto de la soberanía nacional” y la “integridad territorial”, así como “la no injerencia en los asuntos internos de los Estados”.⁷⁵

⁷⁴ VAJIC, Nina: Ibid.

⁷⁵ *Declaración de Bangkok*, Reunión regional para Asia de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, suscrita por los Estados de Bahrein, Bangladesh, Bhután, Brunei, Darussalam, China, Chipre, Emiratos Árabes Unidos, Fiji, Filipinas, India, Indonesia, Irán, Iraq, Islas Salomón, Japón, Kirabati, Kuwait, Malasia,

En esta declaración, los países del área rechazaron la imposición internacional de medidas amparadas en la supuesta protección de derechos humanos por considerarla ilegítima y fruto de una doble moral de parte de occidente; según lo proponen, problemas como la pobreza (el principal obstáculo al pleno disfrute de los Derechos Humanos y para la realización del derecho al desarrollo) son imputables a occidente sin que nadie haga mayor cosa; en la medida que no se resuelvan las condiciones injustas en que esta basada la macroeconomía global, esto es en la medida que no se reduzca “*la brecha cada vez mayor que existe entre el Norte y el Sur, los ricos y los pobres*”⁷⁶, occidente no tiene autoridad moral para declararse el defensor universal de los derechos del ser humano.

No coincido del todo con una identificación lineal del movimiento de derechos humanos con un “*proyecto imperialista del Occidente capitalista*”, pero también es imposible evitar que notar que muchas de las expresiones de la protección internacional asumen tácita o expresamente esa ideología.

La lucha por la ampliación del contenido del derecho a la autonomía de los pueblos no debe verse como simples reivindicaciones de la soberanía Estatal propia, sino más bien, como la lucha de los pueblos menos poderosos por ganar espacios de discusión global más simétricos.

Lo importante, mientras no se disponga de los espacios democráticos que garanticen la construcción auténticamente dialógica de un discurso transcultural, es no emplear un doble estándar en temas de derechos humanos y cultura local, ya que este tipo de prácticas no sólo son éticamente reprochables sino que acentúan los puntos de divergencia entre el mundo desarrollado y el mundo emergente.

Maldvas, Mongolia, Myanmar, Nepal, Omán, Pakistán, Papua Nueva Guinea, República Árabe de Siria, República Democrática Popular Lao, República Democrática de Corea, República de Corea, Samoa, Singapur, Sri Lanka, Tailandia y Vietnam.

⁷⁶ Doc. NU A/CONF. 157/PC/59, abril 7, 1993.

La convalidación de los programas de exportación ideológica de occidente, incluidos los derechos humanos no puede aparejarse de una descalificación a priori de iniciativas de defensa de las culturas locales; es insostenible que un occidente que busca globalizar la “occidentalidad” sea apoyado por las instancias internacionales relevantes y que al mismo tiempo, esas instancias promuevan la idea de que la defensa ideológica de los saberes tradicionales y autóctonos son repudiables muestras de fundamentalismo y ostracismo; este sin lugar a dudas es un doble estándar, que como ya lo hemos visto en otros casos a lo largo del texto, parte del presupuesto de que el discurso occidental representa la razón iluminada y el progreso humano y que en esa medida su propagación e incluso su imposición están legitimadas.

No creo decir nada sorprendente si sostengo que este doble estándar representa una fuente de innumerables y legítimas tensiones entre Occidente y Oriente; la profundización y la redefinición si se quiere, del derecho a la autodeterminación se presenta entonces, como un camino no sólo plausible sino necesario.

2.3.3. La protección de los derechos humanos como prevención y no como *enforcement*.

Partamos de un hecho evidente: La intervención de la comunidad internacional en los asuntos locales es un hecho que ha llegado para quedarse definitivamente en el imaginario internacionalista.

De lo que se trata entonces, es de que esa intervención sea, en la mayor medida posible, una intervención eficiente que respete los principios implícitos y explícitos de la idea de derechos humanos, (en este caso, me refiero principalmente a los principios de tolerancia y respeto por la diferencia cultural) y no una mera imposición arbitraria que desconozca el derecho de cada pueblo a gobernarse, dentro de cierto marco, de la forma que determine.

La búsqueda de caminos de contribuyan a reforzar la labor de la comunidad internacional pasa indudablemente por la escogencia de un paradigma de protección.

En la actualidad, siguiendo a James Silk, podemos decir que existen dos paradigmas de protección en pugna: (i) Por un lado, está la protección entendida como *prevención* de las violaciones de los derechos humanos; dentro de este paradigma se inscriben todas las iniciativas que buscan la movilización de presión política o de recursos de cualquier tipo que eviten la consumación de graves o masivas violaciones a los derechos humanos; (ii) Por el otro lado, se encuentra la protección entendida como *represión* (el término específico que emplea Silk, es *enforce*), es decir, protege mediante la sanción retrospectiva de violaciones a los derechos humanos; en este grupo se enmarcan procesos como la Corte penal internacional, la Jurisdicción universal o los tribunales penales *ad hoc* de Ruanda o Yugoslavia, que en lugar de evitar las violaciones, apuntan a castigar a personas individualmente responsables de violaciones ya consumadas.

En el primer caso, es decir, la protección-como-prevención, la comunidad internacional asume un deber de observancia y toma de medidas de alerta temprana respecto a situaciones particularmente graves de derechos humanos; en el segundo, la comunidad internacional no asume ninguna responsabilidad de evitar las violaciones (podemos recordar por ejemplo la actitud cómplice y cobarde de la comunidad internacional en el caso del conflicto en los Balcanes, donde fue necesario llegar a un punto de crueldad y violencia tal que se hiciera ya insostenible la perversa tolerancia de los políticos) y simplemente ejerce un derecho *a posteriori* de sancionar a quienes ella misma, juzga como responsables.

El segundo paradigma, el de la protección-como-*enforcement*, es aunque el más contradictorio e ilegítimo, el que mayor avance ha tenido en los últimos años; la puesta en funcionamiento de la magnánima Corte penal internacional así lo atestigua. Por el contrario, las iniciativas del primer paradigma, como la Oficina del Alto Comisionado de

las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, o la Comisión de Derechos Humanos, ven como los fondos y el apoyo político van día con día en caída libre.⁷⁷

El problema con este asunto es ante todo ético; privilegiar el enfoque del *enforce* implica que frente a violaciones claras de derechos la comunidad internacional podrá abstenerse de actuar, por lo menos, hasta que se den las circunstancias que “activan” sus mecanismos.

*“En el contexto de los derechos humanos, protección significa en última instancia defender o guardar a los individuos o pueblos de cualquier violación a estos derechos; [hacer] cumplir significa hacer que los actores relevantes obedezcan las normas de derechos humanos. La protección de estos derechos significa detener o prevenir los abusos. El modelo judicial retrospectivo responde a las violaciones luego de que han ocurrido, imponiendo sanciones penales a los responsables. Para evaluar los efectos que el modelo de justicia penal internacional tiene para la protección de los derechos humanos es necesario evaluar el grado en el que su aplicación es probable que genere un mayor respeto por estas normas jurídicas”.*⁷⁸

Esta visión no es sólo poco ética sino ante todo demasiado costosa en términos humanitarios; en cambio, el enfoque centrado en la prevención, por ejemplo, la llamada perspectiva del desarrollo humano, conecta la materialización de los derechos humanos, la erradicación de la pobreza, la democracia inclusiva, la medición y materialización de indicadores de desarrollo humano y busca promover acciones internacionales prácticas para materializar estos objetivos.⁷⁹

⁷⁷ La prueba más palpable de este proceso, es la reciente reforma que el secretario general de Naciones Unidas, Kofi Annan ha presentado a la Comisión de Derechos Humanos; esta reforma, no hace diferente a debilitar la Comisión; algunas de las medidas que integran esta reforma son: (a) El reemplazo de la Comisión por un “consejo” de derechos humanos, de naturaleza similar a la del Consejo de seguridad; (b) la separación entre la comisión de derechos humanos y el comité de derechos económicos, sociales y culturales, etc.

⁷⁸ SILK, James: *Op. cit.*

⁷⁹ Véase United Nations Development Programme, *Human Development Report 2000*, pp. Iii-iv, 1-13 (2000).
24. Citado por SILK James: *Op. cit.*

Una practica humanitaria internacional centrada en combatir mediante el activismo político y la ayuda legal cuando esta se requiera, se encuentra en mayor capacidad de atacar los factores críticos que generan las situaciones más delicadas de derechos humanos; en cambio, la práctica basada en el *enforcement* mantiene intactas la mayor de estas causas y centra su accionar, no sin antes desplegar una magnífica teatralización, en individuos concretos que no están ligados estructural sino coyunturalmente a estos problemas.

Existe una segunda razón que me aleja del paradigma del *enforce*; las iniciativas de las organizaciones que se mueven en el ámbito de la prevención tienen la tendencia a ser mucho más respetuosas de la diversidad que sus contrapartes de del enfoque represivo; podemos recordar por ejemplo, cómo los informes y declaraciones de la Comisión de Derechos Humanos son elaboradas en conjunto con los Estados involucrados, o la labor cercana y de cooperación que la Oficina del Alto Comisionado tiene con las autoridades de los países donde actúa.

No es que me halle a favor de la cooperación entendida como impunidad; por supuesto que no; pero sí creo que está más relacionada con la impunidad una intervención *ex post factum* de la comunidad internacional que un proceso de acompañamiento y apoyo constante, aparejado si se quiere, de un riguroso monitoreo de objetivos y metas de corto, mediano y largo plazo.

Los orígenes y la historia del movimiento de derechos humanos se vinculan más con la movilización popular y el activismo político que con los remedios judiciales; como lo recuerda Silk, la lucha por los derechos civiles en Estados Unidos o la lucha global anti-apartheid así lo demuestran; pretender que la protección internacional debe seguir el derrotero marcado por Nuremberg, no sólo es equivocado para nuestros días, sino que parte de una imagen idealizada de los juicios contra los autores del holocausto, según la cual, tales eventos fueron ejercicios exitosos de la justicia internacional; por el contrario, el camino marcado desde Nuremberg, y trasegado a través de los tribunales ad-hoc para Ruanda y la exYugoeslavia, revela que ese esquema no sólo abre enormes interrogantes

respecto a la que significa la justicia internacional de derechos humanos sino que además a mostrado un mínimo nivel preventivo o reparador; es decir, los juicios contra autores individuales de graves violaciones a los derechos humanos al imponer sus gravosas penas (que en Nuremberg paradójicamente fueron en varios casos, penas capitales) ni evitan que hechos similares vuelvan a ocurrir, o sea, no existe efecto disuasivo alguno, ni mucho menos motivan un sentimiento de justicia entre las víctimas y sus familiares.

Si algo nos ha enseñado el movimiento de derechos humanos en los últimos años es que la efectividad de los derechos humanos sólo se puede garantizar mediante un ejercicio diario de control de la política, la economía e incluso de la cultura.

Someternos a una protección internacional basada en cortes y no en activismo político cotidiano es además alejar los problemas y sus soluciones de quienes son los verdaderos afectados: las personas comunes y corrientes; pretender que será un corte situada en Suiza la que resolverá la opresión y la violencia en un apartado lugar de África, Asia o América Latina, es decirle a la gente que no tiene nada que hacer para resolver sus problemas.

En esta medida, el enfoque del *enforcement* estimula la apatía política y la falta de compromiso comunitario que tanto aquejan a los pueblos del mundo no-desarrollado; recordando a Mutua, podemos decir que la división del trabajo que plantea el modelo de protección basado en cortes, asigna roles inmutables que deslegitiman la acción reivindicatoria política y comunitaria en la medida que imprimen derechos y deberes fijos a cada parte; las víctimas son sólo eso y no les corresponde papel alguno en la solución de su problema; los violadores de derechos humanos son sólo salvajes, y lo único que procede es sancionarlos con todo el poder de la ley; los salvadores por lo tanto, son los únicos legitimados y capaces de resolver las problemáticas.

Esta visión víctima-salvaje-salvador, como lo indica Mutua, perpetua una visión falsa de la protección internacional, según la cual, como ya lo hemos dicho, todo se resuelve a través

de la acción de unos pocos civilizados compasivos sobre los problemas de unos salvajes-menores de edad.

Tampoco se trata de deslegitimar de raíz el paradigma del *enforcement*, simplemente de darle su sitio verdadero, el de cristalizador de los avances obtenidos a través de la acción política; la protección como *enforcement* tiene y siempre tendrá un lugar en la baraja de mecanismos de protección; como lo recuerda Zaffaroni, en casos de groseras violaciones a los derechos humanos, la pena individual impuesta por un tribunal internacional, aunque irracional se presenta como un camino difícilmente condenable.⁸⁰

En síntesis, creo que un mejor balance en la aplicación de los principios de universalidad y respeto por la diferencia, depende en gran medida del paradigma de protección que empleemos; existen esquemas de protección internacional que deben ser cotidianamente usados y esquemas que deben ser de uso excepcional; creo que he sido claro en precisar qué paradigma debe ocupar qué lugar; la protección como prevención cotidiana, como consolidación de consensos políticos y sociales es una herramienta mucho más fuerte que las decisiones de las cortes, las cuales a pesar de su cada vez mayor importancia, no han logrado representar aún, por lo menos al nivel de la protección internacional de los derechos humanos, un camino que incentive y acelere los cambios requeridos.

⁸⁰ “El genocidio plantea un conflicto que no tiene una solución radical: no puede pensarse una solución reparadora, por ejemplo, y menos aun en los otros modelos de solución de conflictos. Ante la brutal enormidad del ilícito y la falta de modelos de solución racional, el derecho penal prácticamente carece de espacio para limitar el poder punitivo e incluso la venganza privada. Por selectivo que sea el ejercicio del poder y por mucho que se argumente, el derecho penal no tiene muchas posibilidades de acotarlo, no sólo en el plano fáctico sino incluso en el ético. En realidad, prácticamente lo único que el derecho penal puede exigir es que se prueben los hechos y que se respete mínimamente el principio de humanidad, porque el resto es silencio de su parte. La pena del genocida aunque sea irracional (como todas las penas) no es éticamente reprochable. La debilidad limitadora del derecho penal es tan frágil en este caso, que llega a excluir la posibilidad de sancionar incluso a quien se atribuye el poder punitivo sin mayores títulos que lo legitimen, [...]”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Derecho Penal Parte General*. Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, Página 189).

2.3.4. El *jus communicationis* como límite al determinismo cultural.

El derecho del ser humano a la libertad de movimiento y de intercambio comercial es no sólo un derecho reconocido por la Comunidad internacional⁸¹ sino un presupuesto de la misma.

Una de las expresiones más evidentes y frecuentes del ejercicio de este derecho es el inmenso flujo de migrantes que se movilizan hoy por todo el planeta, situación que aunque catalizadora de múltiples problemáticas, entre ellas varias relacionadas con violaciones masivas y sistemáticas de derechos (formas contemporáneas de esclavismo, trata de personas, desplazamientos forzados, etc.), se revela también como una prueba de la necesidad imperiosa de que todo ser humano tenga garantizado por lo menos en alguna medida, su derecho a ser participe directo de la vida social de los diferentes pueblos del mundo.

A pesar de que la tendencia en las últimas décadas ha sido la de desarrollar instrumentos jurídicos y políticos que limiten el ejercicio de este derecho (políticas de inmigración más exigentes y selectivas, políticas policiales represoras), es poco plausible pensar que tales políticas se mantengan en el tiempo ante la incontestable realidad que las muestra como medidas simplistas y poco certeras en la solución de los problemas⁸².

Se pensaría además, que es difícil sostener por un lado el derecho absoluto de libertad de circulación de los capitales y al mismo tiempo, restringir en mayor medida la libertad de circulación de los seres humanos.

⁸¹ Una completa exposición de la naturaleza vinculante de esta norma internacional puede verse en Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003, Voto del Juez Cançado Trindade.

⁸² La política de fronteras cerradas en casos como los EE.UU o España, para referimos a los procesos de migración de latinoamericanos (principalmente mexicanos) y marroquíes respectivamente, sólo ha contribuido a reforzar los aspectos negativos del problema: las cifras de inmigrantes ilegales, las mafias que monopolizan el negocio de la “entrada ilegal” y el número de muertes en inmigrantes que intentando evitar los obstáculos policiales de los Estados receptores, deben cada día, arriesgar en mayor medida su vida.

Si tal derecho al libre movimiento humano se abre paso a través de las medidas restrictivas de las últimas tres décadas, estaremos ante una interesante estrategia de solución de la tensión aquí analizada.

Este derecho humano a migrar, garantizaría por lo menos en una medida importante que cualquier ser humano tendrá la posibilidad si no plenamente real si potencial de abandonar su comunidad o país, en busca de un contexto que refleje más adecuadamente sus propios valores y percepciones del mundo.

Esto está conectado además, con el carácter dialógico de los discursos morales y culturales; como se vio en la primera parte de este escrito, sólo es posible fundamentar racionalmente un discurso del cual se pueda predicar que es fruto de la discusión y aceptación racional de sus destinatarios. Desde esta interpretación, la legitimidad del discurso cultural no sería una mera entelequia cuyo fundamento se remite a un momento histórico nunca consumado (cualquier idea de contrato social) sino que sería un presupuesto transversal a la aplicación del discurso, es decir, debería ser garantizado en todo momento y a todo ser humano.

Si se acepta que el discurso moral o cultural tiene un carácter dialógico, se abre la posibilidad entonces de disentir con sus preceptos. Tal posibilidad está materializada en nuestros días por ejemplo, a través del derecho de objeción de conciencia, pero también, a través de la posibilidad de apartarme físicamente de mi comunidad y buscar lugar en un espacio social que propenda por valores públicos y privados que reflejen de mejor manera mi cosmovisión.⁸³

⁸³ La tesis expresada por el Profesor Daniel Bonilla de la Universidad de los Andes (Colombia) en su ensayo “*Los Derechos fundamentales y la Diferencia cultural*” fue un punto determinante de inspiración también para estructurar este criterio; lo que Bonilla denomina “la estrategia de salida”, representa un ejemplo específico del ejercicio global del *jus communicationis*; Cfr. “*Los Derechos fundamentales y la Diferencia cultural. Análisis del caso colombiano*”. Recuperado el 6 de abril de 2005, en <http://islandia.law.yale.edu/sela/sbonilla.pdf>.

Lo contrario sería ilógico. Pretender que las culturas, en tanto sujetos supraindividuales tienen el derecho de retener arbitrariamente a sus miembros al punto de poder obligarlos a aceptar y obedecer principios o prácticas que no se comparten es anular de suyo, el principio mismo de la dignidad humana, en tanto se estaría instrumentalizando al ser humano a favor de la estabilidad o continuidad de tal o cual cultura; la preservación de la riqueza cultural es un fin loable y de hecho, un derecho humano mismo, pero cuya efectividad no puede traducirse en la anulación de la libertad de la persona.

Por supuesto que el *jus communicationis* puede ser garantizado formalmente sin que ello represente solución alguna; el derecho a abandonar la comunidad en que se reside en busca de una nueva vida, no puede agotarse en la mera disponibilidad irrealizable de una prerrogativa. Esta debe además, garantizarse de tal forma que sea una alternativa disponible, no sólo para las personas más ricas de cada comunidad sino para todo aquel que la requiera; es claro que en el mundo real el ejercicio de muchos derechos fundamentales presupone unas condiciones materiales en muchos casos inexistentes, pero cosa distinta es creer que tal situación puede extrapolarse al punto de constituir una dificultad insalvable que legitime de suyo la inaplicabilidad de un derecho humano; cuando los derechos fundamentales, y entre ellos el derecho a desarrollar el proyecto personal de vida de acuerdo con la propia razón, se ven amenazados y las circunstancias económicas dificultan la protección de estos, la comunidad del individuo amenazado tiene la obligación de garantizar que estos derechos puedan ser salvaguardados, incluso si tal cosa implica erogaciones económicas excepcionales; la razón de tal cosa es evidente: Si se aceptara que la efectividad de los derechos humanos dependerá en todos los casos de las posibilidades materiales de las personas amenazadas sin crear obligaciones de la colectividad para con el individuo, en la práctica estaríamos aceptando que los derechos serán sumidos en la inefectividad total.

Si este derecho individual a la “disidencia cultural” es garantizado, la intervención de la comunidad internacional no será requerida en muchos casos, evitándose así el choque entre los principios de universalidad y respeto por la diferencia y resumiendo todo el asunto a un

mero ejercicio de un derecho fundamental individual. En este caso nos hallaríamos ante una estrategia de “huída” doblemente efectiva: Por un lado se garantiza que la persona que así lo desee puede huir de un contexto que no refleja sus valores propios; y por el otro, se hace innecesario referirnos a la tensión universalidad-diferencia cultural porque el problema se redefine de tal forma que sólo son elementos en pugna los derechos del disidente y los valores de la comunidad, escenario donde naturalmente deben prevalecer los primeros.

En conclusión, mi argumento en este punto es bastante simple; si la confrontación entre las comunidades locales y la comunidad internacional, es un elemento que agudiza la tensión entre los principios de universalidad y el de respeto por la diferencia, podemos evitar este choque en la medida que no sea la comunidad internacional la que interviene en protección del individuo amenazado, sino que sea el mismo individuo el que tenga la posibilidad de tomar medidas que resuelvan efectivamente su situación; ¿Cómo? A través de la emigración; si la comunidad internacional quiere jugar un papel en todo caso, puede hacer sus mayores esfuerzos por garantizar que los disidentes culturales tendrán mejores oportunidades de encontrar un destino donde empezar una nueva vida. Este en particular, es de por sí un reto lo suficientemente complejo como para dificultarlo aún más.

2.3.5. El pluralismo global debe construirse a través de forma dialógica.

La pretensión universalista de integrar a todos los pueblos del planeta en una auténtica *Totus Orbis* es por los puntos señalados a lo largo de este escrito, una utopía auténticamente legítima.

Esta aspiración de construir un orden universal aplicable a todos los pueblos de la tierra, de conformidad con ciertos patrones universales de justicia tendientes a garantizar las condiciones mínimas de la paz social⁸⁴ es más un punto de contacto que uno de repulsión;

⁸⁴ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003 [...] Párrafo 27.

las dificultades creo yo, se encuentran más a nivel de los “medios”, de las especificidades a través de las cuales se debe construir esta comunidad universal.

Los medios, toda vez que constituyen iniciativas que deben ser discutidas en contextos concretos y caso por caso, no son un tema respecto al cual sea posible establecer un acuerdo absoluto.

Más bien, es posible establecer unos criterios, unos parámetros que gobiernen de forma general estos medios y que procuren herramientas que posibiliten en la discusión caso a caso, solventar escollos que en otro caso serían insalvables.

Uno de estos principios, sería la garantía de la construcción dialógica de cualquier discurso moral con pretensiones de globalidad.

Los procesos de intercambio cultural, ya sean de aculturación⁸⁵, asimilación⁸⁶, asimilación forzosa⁸⁷, e incluso de colonialismo, han estado presentes toda la historia humana; de esta realidad podemos derivar que el intercambio, el diálogo, la influencia, incluso determinante de una cultura sobre otra, ha sido más la regla que la excepción en la conversación cultural histórica.

Esto no quiere decir que tal cosa no sea en alguna medida problemática o que no deban revisarse procesos pasados para evitar cometer errores que hayan resultado costos y que no se previeron por cualquier tipo de razón.

⁸⁵ Aculturación es entendida aquí como el intercambio de rasgos culturales resultante de que los grupos estén en continuo contacto directo; los patrones culturales originales de cada uno o de ambos grupos pueden verse alterados, pero los grupos se mantienen diferentes. Cfr. MONCÓ REBOLLO, Beatriz: Op. cit..

⁸⁶ En sentido general es el proceso de cambio que puede experimentar un grupo minoritario cuando se desplaza a un país donde hay otra cultura dominante; la minoría es incorporada a la cultura dominante hasta el punto que ya no existe una unidad cultural separada.

⁸⁷ Uso de la fuerza por parte de un grupo dominante para obligar a una minoría a que adopte la cultura dominante, por ejemplo, penalizando o prohibiendo la lengua y las costumbres de un grupo étnico.

A lo que me refiero es que la interconexión entre las culturas ha sido siempre un mundo dinámico y supeditado a las circunstancias políticas e históricas de cada pueblo y ello incluye procesos de sincretización o de aculturación; un problema diferente es que consideremos que esta realidad es moral o políticamente repudiable.

Ahora, por supuesto que en mundo marcadamente inequitativo, abrir el compás de la comunicación cultural de par en par es un riesgo que no se debe correr. No obstante, esto no puede implicar la defensa de un fundamentalismo cultural que lleve a hacer de cada pueblo de la tierra un actor ciego, mudo y sordo de las dinámicas globales. Por el contrario, se trata de que las diferentes sociedades humanas sena más preactivas en la construcción de canales de afianzamiento de principios de protección al ser humano aplicables en toda circunstancia.

En esta medida, y así como se propuso que la construcción de toda moral local debe discursiva, esto es, de construcción dialógica, la construcción de cualquier discurso moral universal debe igualmente cumplir con este requisito. Esto implica fundamentalmente que las conversaciones interculturales deben realizarse en un marco simétrico, donde cada parte sea reconocida como un igual, y donde sea el enriquecimiento mutuo de las partes el que permita llegar a una síntesis superior a las dos tesis enfrentadas inicialmente.

Esto por supuesto, no ocurrirá en todos los casos, quizás ni siquiera en la mayoría de ellos; en estas situaciones de no acuerdo, no se impone camino diferente a la tolerancia, aunque no entendida de forma absoluta sino en el marco de una idea transcultural de dignidad humana, idea que como repetí innumerables veces no se debe darse por construida sino que está por construirse.

En conclusión, si queremos interpretar de forma plausible la tensión entre los principios de universalidad y respeto por la diferencia, es necesario reforzar los instrumentos disponibles a tres niveles:

(i) A nivel local, los Estados en particular y la comunidad internacional en general, deben tomar todas las medidas necesarias para que las comunidades puedan preservar en el marco de una idea transcultural de dignidad humana sus propias culturas; esto pasa, indudablemente, por una interpretación más progresista del principio de autodeterminación de los pueblos y del derecho de las culturas minoritarias al autogobierno dentro de los límites ya señalados.

(ii) A nivel global, es necesario que la comunidad internacional como un todo, tome medidas efectivas que protejan los derechos fundamentales del ser humano en todo tiempo y lugar; como se sostuvo en reiteradas ocasiones a lo largo del texto, de lo que se trata no es de proscribir la intervención internacional sino de reorientarla para que pase de ser represiva e impositiva y se convierta en integradora y eficiente; el caso del *jus communicationis* es el mejor ejemplo de cómo la comunidad internacional sí tiene múltiples roles que jugar por ejemplo, tomando las mejores medidas para evitar que los flujos migratorios mundiales se conviertan en un mundo subterráneo inmoral e irracional.

(iii) Finalmente, a nivel de la persona humana, es necesario que los polos de esta discusión (las culturas locales y la comunidad internacional) permitan que el ser humano individualmente considerado se convierta en artífice de su propio destino; este sin lugar a dudas, es el camino que la *Conciencia jurídica universal* parece privilegiar hoy⁸⁸: La reconciliación del derecho internacional con el ser humano a partir de una reconstrucción en torno de este, de todo el ordenamiento global; esta además, es una estrategia que desestataliza la controversia y que por el contrario la “humaniza”, en la medida que la lleva al nivel que verdaderamente le compete: al nivel íntimo, privado, individual, donde en últimas, se hace posible o imposible la realización plena de los derechos de toda mujer y hombre de este planeta.

⁸⁸ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17. Voto Juez Cançado Trindade.

3. FUENTES.

- 1.) ABRAMOVICH, Víctor y González Felipe, *Litigio y activismo en derechos humanos*, Volumen I, Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, American University-Washington College of Law, Verano 2002, mayo 28-junio 14.
- 2.) ALVIAR GARCÍA, Helena: *Críticas al sistema internacional de Derechos Humanos*, Recuperado el 14 de marzo de 2004, en http://www.goethe.de/HN/BOG/rosa/documentos/resumen_helena_alviar.pdf
- 3.) CONFERENCIA INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA Y DE LA MEDIA LUNA ROJA, *Estatutos y Reglamento del movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja*, Adoptados por la XXV Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja en Ginebra el mes de octubre de 1986 y enmendado por la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja en Ginebra el mes de diciembre de 1995.
- 4.) CONFERENCIA PANAFRICANA (IV), *Declaración de Kampala*, aprobada por la IV Conferencia Panafricana, el 27 de septiembre de 1996, en Kampala (Uganda), Recuperado el 20 de abril de 2005, en <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/iwpList161/B37FF8E518997284C1256DE100558AAA>
- 5.) CONFERENCIA REGIONAL EUROPEA (5ª), *Declaración de Copenhague*, aprobada por la 5a. Conferencia Regional Europea, el 20 de marzo de 1997, en Copenhague (Dinamarca), Recuperado el 20 de abril de 2005, en <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/iwpList161/B37FF8E518997284C1256DE100558AAA>
- .) GARCIA VALVERDE, Facundo: *La justificación moral de los derechos humanos*, Recuperado el 14 de marzo de 2005, en <http://www.stafforini.com/nino/justificacion.htm>
- 9.) GATTO, Hebert: *Moral y derechos humanos*, Recuperado el 14 de marzo de 2005, en <http://www.chasque.apc.org/frontpage/relacion/anteriores/n147/8.html>
- 10.) GROS ESPIELL, Héctor: *Universalidad de los derechos humanos y diversidades culturales*, Recuperado el 15 de julio de 2004, en <http://www.unesco.org/issj/rics158/grosespiellspa.html>
- 13.) HAUG, Hans: *La neutralidad como Principio Fundamental de la Cruz Roja*, Revista internacional de la Cruz Roja, No 138, noviembre-diciembre de 1996, pp. 670-673. Recuperado el 19 de abril de 2005, en <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/iwpList156/1253000D1CBCBA20C1256DE10057D3BC>

15.) HOBBSAWN, Eric: *Después de ganar la guerra, United States: wider stilland wider*, Recuperado el 14 de marzo de 2005, en <http://rcci.net/globalizacion/2003/fg349.htm>

16.) IGNATIEFF, Michael: *El Providencialismo democrático*, Recuperado el 6 de abril de 2005, en <http://www.grups.pangea.org/pipermail/info moc/Week-of-Mon-20050103/005961.html>

17.) KENNEDY, David: "El Movimiento Internacional de los Derechos Humanos: ¿Parte del Problema?" translated in Themis 48, Revista de Derecho (2005). en <http://www.law.harvard.edu/faculty/dkennedy/publications/spanish.php>

- *International Humanitarianism: The Dark Sides*. 6 The International Journal of Not-for-Profit Law 3, (June, 2004). Recuperado el 21 de octubre de 2004, en http://www.icnl.org/JOURNAL/vol6iss3/ar_kennedy.htm

- *Rompiendo Moldes en el Derecho Internacional: cuando la renovación es repetición*, Dykinson, Madrid, 2002, Traducción de Ignacio Forcada Barona.

18.) KRÄHENBÜHL, Pierre: *La estrategia del CICR ante los desafíos contemporáneos en el ámbito de la seguridad: un futuro para la acción humanitaria neutral e independiente*. Revista Internacional de la Cruz Roja. 30-09-2004. Recuperado el 11 de febrero de 2005, en <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwpList596/B33128BBD99E188403256F47004E4320>

19.) KOSKENNIENI, Matti: *The Politics of International Law*, 1 EJIL (1990). Recuperado el 15 de mayo de 2005, en <http://www.ejil.org/journal/Vol1/No1/index.html>

20.) KULEMKAMPFF, Arend: *Ética Nomológica y moral de los sentimientos, Observaciones sobre un problema descuidado de la filosofía práctica*, Revista DOXA 6 (1989).

21.) NINO, Carlos Santiago: *El rol del derecho internacional, a propósito del juicio de las juntas en argentina*, Recuperado el 7 de abril de 2005, en <http://www.carlosparma.com.ar/nino.htm>

22.) NINO, Carlos S. y ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Debate entre Carlos Nino y Eugenio Zaffaroni*. Recuperado el 7 de febrero de 2005, en <http://www.stafforini.com/nino/zaffaroni1.htm>

23.) MUTUA, Makau: *A Third World Critique of Human Rights*, Recuperado el 6 de abril de 2005, en

http://www.ceu.hu/legal/universalism%20and%20local%20knowledge%20in%20HR%20003/Makau_text.htm

24.) PAULUS, Andreas L.: *Internacional Law Alter Postmodernism*. Paper presented at the Workshop on New Scholarship in Public and Private Internacional Law, The Hague, July 23, 2000.

- *Law and Politics in the Age of Globalization*, 1 EJIL (2000). Recuperado el 15 de Agosto de 2004, en <http://www.ejil.org/journal/Vol11/No2/index.html>

27.) PLATTNER, Denise: *La neutralidad del CICR y la neutralidad de la asistencia humanitaria*, Revista internacional de la Cruz Roja, No 134, marzo-abril de 1996, pp. 173-193. Recuperado el 19 de abril de 2005, en <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/iwpList152/97248E8498ECBAA1C1256DE10057AFC6>

31.) REMANS, Wilfried: *La guerra y la Cruz Roja: una misión no declarada*, Recuperado el 20 de abril de 2005, en <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/iwpList168/DE96A3CA48AAE86AC1256DE1005AE153>

33.) SARTORI, Giovanni: *La Sociedad Multiétnica: Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Taurus, 2001, Bogotá.

35.) SILK, James: *La Justicia Penal Internacional y la Protección de los Derechos Humanos: El Estado de Derecho o la Arrogancia del Derecho?*, Recuperado el 10 de febrero de 2005, en <http://islandia.law.yale.edu/sela/ssilk.pdf>.

38.) VITÉ, Sylvain: *La aplicación del derecho internacional de la ocupación militar a las actividades de las organizaciones internacionales*, Recuperado el 20 de abril de 2005, en <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwpList551/DF4571DD1812BA9303256EA90050F556>