

Diez tesis para una gramática de los Derechos Humanos¹

Mancisidor, Mikel

A Cecilio, María, Claudio y Valentina,
porque lo que soy estaba ya en ellos

Recibir el Premio Eusko Ikaskuntza – Laboral Kutxa de Humanidades, Cultura, Artes y Ciencias Sociales constituye un honor gigantesco. El listado de los 24 premiados anteriores incluye algunos de los intelectuales y artistas más importantes del último medio siglo de nuestra historia. No voy a permitir que la siempre em-



1. Artículo realizado con motivo del Premio Eusko Ikaskuntza – Laboral Kutxa de Humanidades, Cultura, Artes y Ciencias Sociales 2020.

baucadora vanidad me lleve ni por un segundo a desconocer el abismo existente entre algunas de esas trayectorias y la mía, así que debo buscar en el principio de oportunidad una explicación plausible al regalo que supone ser el número 25 de semejante plantel.

Y es que 2020 ha marcado un decisivo hito en la tarea a la que he dedicado mis esfuerzos estos últimos años, que no es otra que el desarrollo de lo que comienza a conocerse como “el derecho humano a la ciencia”. Si bien los fundamentos de este derecho venían ya contemplados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, ahora la comunidad internacional dispone de un nuevo instrumento actualizado: el Comentario General Nº 25 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales², del que he sido relator durante seis años³, desde su inicio hasta su adopción en marzo de dicho año.

En un año en que la pandemia de la COVID-19 ha colocado en el centro del debate la ciencia y su relación con los derechos humanos, la democracia y la participación ciudadana, me figuro que el Jurado ha querido señalar un recorrido marcado por estas claves. El fallo recuerda que aún me toca hacer más “en el futuro de cara a profundizar y seguir contribuyendo en ese, hoy más que nunca, importante ámbito”. Acepto, como mandato justo, la tarea que se me propone.

Es costumbre que el premiado escriba un breve ensayo sobre alguna de las materias en las que debe suponersele una experiencia y un conocimiento. En mi caso les propongo unas reflexiones sobre el derecho internacional de los derechos humanos.

Las presentaciones sobre derechos humanos dirigidas a un público no especializado acostumbran a repasar la Declaración Universal y los principales tratados, describen a continuación la arquitectura institucional del sistema que los protege y terminan enumerando algunos de los derechos internacionalmente reconocidos. Estos elementos constituyen lo que podríamos denominar la narración estándar del sistema universal de los derechos humanos, es decir, un listado de derechos sustantivos que hay que conocer (libertad de expresión o derecho a la vivienda, por ejemplo), cuyo fundamento jurídico internacional conviene saber identificar (determinado tratado o declaración) y con cuyo armazón institucional debemos familiarizarnos (tal tribunal o tal comité). Todo esto es sin duda importante, pero transmite quizá acriticamente una versión plana, como en dos dimensiones, como si nos hurtara una tercera dimensión que genera confusión y problemas. Es como si se nos diera un esquemático mapa de carreteras sin curvas de nivel para con él adentrarnos en un territorio escarpado y llenos de paisajes variados. Nuestro simplificado mapa no nos advierte de los continuos

2. Observación general núm. 25 (2020), relativa a la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales. E/C.12/GC/25

3. El primer año junto al embajador ecuatoriano Jaime Marchán y los dos últimos junto al profesor colombiano Rodrigo Uprimny.



Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (<https://dam.media.un.org> – Identificador: UN713001)

accidentes con los que nos topamos en nuestro viaje y nos confunde. Confiados en esa representación plana del territorio no nos habíamos equipado adecuadamente para afrontar los desafíos que nos encontraremos en el camino. La frustración y la rabia están servidas.

Esta narración estándar presenta los derechos humanos como un catálogo, como una sucesión de normas que se van sumando en el tiempo para completar un listado definido, inamovible e indiscutible. Supone toda una invitación a ir desggranando derechos para recurrir a ellos, un poco a la carta, según los necesitemos. Los derechos humanos formarían un menú donde tomar lo que en cada momento nos interesa sin preguntarnos qué propiedades nutricionales tiene cada plato o cómo combinan conjuntamente en una dieta equilibrada, sin preocuparnos por lo que pasa en cocina o por quién y cómo paga la cuenta. Los derechos humanos pueden, de esta forma, terminar confundidos con un espacio de consumo de aspiraciones y reclamaciones en que nos podemos desentender de sus contrapartidas, límites o conflictos, como si fueran una lista de la compra en un mercado político que nos da la ilusión de posibilidades ilimitadas.

Pascal Bruckner denuncia la “tentación de la inocencia” entendida como “esa enfermedad del individualismo que consiste en tratar de escapar de las consecuencias de los propios actos, a ese intento de gozar de los beneficios de la libertad sin sufrir ninguno de sus inconvenientes”⁴. Con demasiada frecuencia vemos la reclamación de los derechos humanos como aliada de esa tentación. Sin

4. La Tentación de la Inocencia, Anagrama, 1995.

embargo, me temo, los derechos humanos constituyen una construcción cultural compleja, viva y exigente que no se deja abarcar, ni domesticar, ni utilizar tan fácilmente.

Ese abuso del discurso de los derechos humanos como mero catálogo puede además, como veremos, pervertir el debate político. Una posición revestida de la legitimidad de expresar un derecho humano termina con el debate político, dado que asociamos estos derechos al ámbito de lo innegociable mientras que lo político debería consistir en lo contrario, en acordar sobre lo negociable. Se hace por tanto necesario distinguir cuándo nos encontramos ante una aspiración política –que quizá, a efectos de reforzar nuestra posición, enmarcamos en sentido amplio en el ejercicio de un derecho humano– y cuándo ante la expresión nítida y esencial, y por tanto irrenunciable, de un derecho humano.

Decía la jueza y profesora Rosalyn Higgins que el derecho internacional no trata de normas, sino que hay que entenderlo como un sistema normativo⁵. Si tuviera que seleccionar una sola idea que cada año me gustaría transmitir a mis estudiantes de Derecho Internacional sería ésta, aparentemente sencilla y sin embargo muy potente en consecuencias cuando uno llega a comprender sus implicaciones. Este mismo principio debe aplicarse al Derecho Internacional de los Derechos Humanos: no trata de una sucesión de normas que encajar en cada situación dada, sino de un sistema complejo de relaciones e instituciones, con sus limitaciones y equilibrios, con sus dilemas, problemas y conflictos que en muchos casos no tienen una solución clara o única. En este artículo me propongo reflexionar sobre algunas claves de ese sistema.

El corazón de cada lengua, su misterio más profundo, no se encuentra muchas veces en sus palabras, por importantes que éstas sean, sino en su gramática, en ese conjunto de normas, expectativas y sobreentendidos que permiten la comunicación. Mi padre cuenta que el suyo, mi abuelo Cecilio Mancisidor, cuando se atascaba en una frase o en una idea decía en su español tardíamente aprendido: “palabras ya sé; colocar no sé”. Yo no lo recuerdo, puesto que murió cuando yo tenía 3 años y no me queda de él sino una foto, de colores ya perdidos, en la huerta de la casa familiar donde hoy se levanta un edificio de pisos. En la imagen me veo en sus brazos, nuestras manos entrelazadas y él con alpargatas, txapela y camisa abotonada hasta el cuello.

Lo que sabía Cecilio sobre las lenguas es lo que me gustaría aplicar aquí a los derechos humanos: que su verdad más esencial, más inasible y más difícil de manejar, no se encuentra en sus normas sino en esa gramática que las hace funcionar en la práctica.

Una palabra detrás de otra no construye necesariamente una frase correcta o siquiera comprensible. De la misma forma citar una norma o principio de derechos humanos y pretender que tenga una interpretación literal, sin referencia a su

5. “International Law in not rules. It is a normative system”. Problems and process. International Law and how we use it, Clarendon Press, 1994.



El autor con su aitite Cecilio Mancisidor

contexto, no siempre nos acerca a comprender la naturaleza de los derechos humanos: en ocasiones la pretensión de innegociable literalidad los traiciona.

Este enfoque sistémico, que seguramente sirve para cualquier rama del derecho, creo que es de aplicación especialmente necesaria en relación con el derecho internacional. De alguna forma las lógicas del derecho interno impregnan nuestra experiencia cotidiana y nos familiarizan con sus fundamentos. El derecho interno tendría, como consecuencia, algo de lengua materna: a pesar de que cometamos errores al hablarla y de que debemos estudiar mucho para manejarla con corrección, algunos de sus mecanismos nos resultan más “naturales”. Nebrija entendió la especial necesidad de estudio de gramática que tienen “aquellos que de alguna lengua peregrina querrán venir al conocimiento de la nuestra”⁶. Cuando saltamos a otra lengua asumiendo que nuestra gramática materna es universal no nos resulta posible comunicarnos. Algo parecido nos sucede cuando interpretamos el derecho internacional con claves jurídico políticas internas que erróneamente asumimos como evidentes para todo derecho.

Viene al caso recordar lo que Sócrates planteaba a Cratilo: en el supuesto de que “el nombre sea semejante a la cosa, supongo que en este mismo sentido dices que el que sabe los nombres sabe igualmente las cosas”⁷. De igual manera deberíamos preguntarnos nosotros si quien conoce las normas conoce por ello la cosa que es el derecho internacional de los derechos humanos.

6. Antonio de Nebrija, Gramática sobre la lengua castellana, Real Academia Española, 2011.

7. Todas las citas platónicas están tomadas de la traducción del Cratilo de José Luis Calvo en Gredos.

Que las palabras a veces cambian sin que cambien las cosas y que otras veces cambian las cosas sin que cambien las palabras, también lo veía Sócrates en el mismo diálogo. El paralelismo aquí sigue siendo válido: en ocasiones las normas cambian sin que cambie el derecho y otras veces es el derecho el que cambia sin cambiar las normas. No lo podremos entender si pensamos que en derecho “como afirma el griego en el Cratilo / el nombre es arquetipo de la cosa / en las letras de 'rosa' está la rosa / y todo el Nilo en la palabra 'Nilo’”⁸.

Sócrates detectó que en ocasiones se puede dar “una guerra civil entre los nombres (...) éstos declaran que representan la verdad; aquéllos sostienen lo mismo”. En ese caso, se pregunta, “¿a quién daremos la razón, y según qué principio?”. Para resolver el problema Sócrates concluye que “debemos recurrir fuera de los nombres a algún otro principio”. De la misma forma una norma puede decirnos aquí una verdad y otra norma apuntarnos allá otra verdad aparentemente contraria o al menos de armonización difícil. No encontraremos la respuesta mediante una lectura aislada de la norma sino que deberemos “recurrir fuera de los nombres a algún otro principio”. Será la comprensión de la gramática jurídica, social, política e institucional del derecho internacional de los derechos humanos la que nos ayudará a encontrar –fuera de los nombres- la forma humana, falible y permanentemente mejorable de pacificar esa guerra civil entre las normas.



La muerte de Sócrates de Jacques-Louis David

8. Versos de Borges que recupero como homenaje a mi otro abuelo, el materno, Claudio, que me los citó en más de una ocasión.

Los derechos humanos son una construcción histórica que sirve para un mundo complejo, de recursos limitados, de principios que chocan, y de conflictos de intereses y de derechos. Están contruidos sobre el modesto barro de nuestras humanas miserias y limitaciones, con maderas torcidas y quebradizas⁹. Los derechos humanos no buscan el mundo perfecto o el ideal que los totalitarismos denominaban “hombre nuevo”. No representan una aspiración a salir de los límites de lo humano, ni a asaltar los cielos. No sueñan con ciudadanos idealizados ni nos remiten a versiones contemporáneas de ninguna utopía clásica. Son más discretos y modestos. Imperfectos y a veces contradictorios, como todo lo que tiene escala humana, los derechos humanos nos orientan en la difícil tarea de convivir con dignidad en un mundo que no terminamos de comprender.

El reto de la divulgación de los derechos humanos no puede consistir por tanto únicamente en conocer nuestros derechos, sino que también debe invitarnos a preguntarnos cómo se acomodan frente a esa complejidad, frente a –o junto a– los derechos y necesidades de otros, frente a las limitaciones de recursos. Insistir en la necesidad de conocer las limitaciones, grises y miserables, de los derechos humanos puede resultar antipático, especialmente si lo comparamos con la atracción hipnótica y deslumbrante del ideal totalitario o con la ilusionante promesa del populismo. Pero acaso hagamos peor servicio a una cultura crítica de los derechos humanos si los presentamos como si no tuvieran límites, como siempre absolutos e intocables. Los convertimos así en ideales sin aplicabilidad práctica en un mundo real.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre educación y formación en materia de derechos humanos¹⁰ recogió esta necesidad de explicar los derechos humanos al tiempo como una sucesión de normas (libertades y garantías) y como una cultura para vivir en sociedad, con obligaciones y responsabilidades:

“La educación y la formación en materia de derechos humanos deben:

- a) Fomentar el conocimiento (...) de las normas y los principios universales de derechos humanos, así como de las garantías de protección (...) a nivel internacional, regional y nacional; (y)
- b) Desarrollar una cultura universal de los derechos humanos en la que todos sean conscientes de sus propios derechos y de sus obligaciones respecto de los derechos de los demás, y favorecer el desarrollo de la persona como miembro responsable de una sociedad libre y pacífica.”

Propongo aquí diez tesis para reflexionar sobre esta cultura de los derechos humanos que, por continuar con el símil lingüístico, podríamos presentar como *diez temas para una gramática de los derechos humanos*. Ni son todos los temas

9. Aquí vendría al caso aquella cita de Kant que tanto gustaba a Isaiah Berlin: “Con una madera tan torcida como aquella de la que está hecho el hombre, no se puede tallar nada derecho.” Sobre la historia de esa cita y su importancia en Berlin, ver prólogo de Henry Hardy en *En Árbol que crece torcido*, Vuelta, 1990, y la biografía que escribió Michael Ignatieff, *A life*. Isaiah Berlin, 1998.

10. A/RES/66/137 de 2011.

posibles, ni pretendo ofrecer una respuesta completa en ninguno de los casos: tienen algo de dilemas que no deberíamos aspirar a cerrar definitivamente.

Sobre cada una de estas diez cuestiones hay innumerable bibliografía. No siendo una obra académica, no incluyo referencias al uso. Estas reflexiones son producto de años de lecturas desordenadas, guiadas más por la curiosidad caprichosa y voluble que por algo parecido a un plan de trabajo. A veces me ha pasado que al releer una obra que me interesó hace años me topo con una idea o incluso con una expresión que creía mía, pero que de pronto –con más alegría que



El autor con Kofi Annan, Secretario General de la ONU 1997-2006



El autor con Ban Ki-moon. Secretario General de la ONU 2007-2016

decepción- descubro robada. En ocasiones, para mayor escarnio, encuentro un subrayado como prueba de cargo. He aprendido a desconfiar de mi originalidad tanto como a sospechar que a veces la deuda mayor es la que no citamos, porque la tenemos tan interiorizada que creemos propia.

Estas reflexiones se alimentan también de conversaciones con juristas, activistas, defensores y víctimas, de debates con estudiantes, con colegas o con diplomáticos. Inevitablemente me apropio de muchas cosas de otros con los que he tenido la suerte de encontrarme por el camino. Me gustaría creer que con el tiempo he aprendido a escuchar. Entiéndanse por lo tanto estas páginas como un destilado personal de esas lecturas, de esos diálogos y de esa escucha. Las ideas buenas que pueda haber en estas páginas tienen muchos padres y muchas madres. Como si fueran perros mil leches, su árbol genealógico resulta difícil de rastrear.

TESIS PRIMERA o de cómo evitar que los derechos humanos sustituyan a la política

En ocasiones se dice que los derechos humanos son la ideología del siglo XXI. Entiendo la intención de la frase: que los derechos humanos deberían ser aceptados como fundamento compartido de la política y de la vida social, algo así como una *lingua franca* de la moralidad internacional¹¹. Sin embargo la formulación me parece quizá un tanto desacertada. Algunos han denunciado el riesgo de entender los derechos humanos como una religión¹² o como una idolatría¹³, pero no me interesa aquí ir tan lejos. Me basta con desafiar la tentación de hacer de los derechos humanos una ideología.

Los derechos humanos no son una ideología¹⁴ en el sentido de que ni apuntan en una sola dirección al confrontar cada uno de los dilemas políticos de nuestra sociedad, ni nos facilitan un marco suficiente de valores o principios para resolverlos. Una ideología debería prestar un cuerpo de principios que nos ayuden a posicionarnos ante los debates políticos. En esta cuestión me siento más liberal, en este otro asunto más socialdemócrata, o ante aquel problema me decanto por los planteamientos de la derecha o de la izquierda más clásicas. O quizá una sola ideología me permite situarme ante todos los dilemas políticos.

Ante estos debates los derechos humanos no deben sustituir a la política sino limitarse a proteger las condiciones de posibilidad de la diferencia y sus disputas. De los derechos humanos debemos esperar que faciliten un terreno de juego en que ese debate se pueda dar, para todos y sin discriminación, en condi-

11. José Julián López, *Human Rights as Political Imaginary*, Palgrave, 2018.

12. Por ejemplo, Jean Daniel en *Les droits de l'homme comme religion des incroyants*, 1987.

13. Michael Ignatieff: *Human Rights as Politics and Idolatry*, 2001.

14. Marcel Gauchet habló hace años de esto en *Les droits de l'homme ne sont pas une politique* (1980) y *Quand les droits de l'homme deviennent une politique* (2000).

ciones de libertad e igualdad (libertad de expresión, derecho de asociación, prensa libre, etc.), sin interferencias ilegítimas (protección frente al poder y frente a terceros) y en condiciones que favorezcan una vida digna (con políticas de vivienda, trabajo, seguridad social, educación, acceso al conocimiento, etc.).

Ahora bien, del discurso de los derechos humanos no cabe esperar que nos presente un modelo cerrado e indiscutible de mejor política penitenciaria, de inmigración o de vivienda. Los derechos humanos no simplifican la complejidad, sino que nos ofrecen ciertos instrumentos para navegar en ella. No aportan una única solución a los dilemas políticos que enfrentamos. No terminan con el debate político, sino que posibilitan la convivencia mientras seguimos esa búsqueda sin fin por una sociedad mejor. Los derechos humanos no marcan el punto de llegada de ningún fin de la historia.

El reciente debate sobre la Ley de Educación de España (LOMLOE, 2020) nos muestra un buen ejemplo de lo que decimos. El derecho a la educación no es un mero eslogan que pueda emplearse para lo que nos convenga, sino una construcción jurídica de principios y contenidos identificables y exigentes. Cómo conseguir en una realidad concreta un equilibrio razonable de esos principios y contenidos es tarea de la política. Pero si escenificamos una confrontación en que cada parte reclama ser intérprete verdadero de algunos de esos principios y contenidos imposibilitamos el diálogo, puesto que nos vemos, como defensores de un derecho humano frente a quien lo quiere limitar, sin margen de maniobra.

El parlamento español se dividió en dos mitades: una mitad coreaba el grito de libertad, mientras la otra mitad defendía el principio de igualdad. Ambos principios integran el derecho a la educación. Pero se han enfrentado estas dos lecturas parciales y se ha enarbolado una bandera mientras que se dejaba que la otra fuera apropiada por la bancada de enfrente. Una lectura cerrada y unívoca de uno de los mandatos contenidos en el derecho a la educación frente a otro de sus mandatos (la guerra civil de las palabras de Sócrates) puede conducirnos a una situación paradójica: cada nuevo gobierno se ve de buena fe en la obligación jurídica, política y moral de modificar la ley de educación del gobierno anterior.

En esas condiciones ninguna ley de educación puede consolidarse ni llegar a aplicarse de verdad (salvo en aspectos formales, nominales y secundarios). De esa forma la comunidad educativa se agota y desmotiva. La educación pierde calidad para todos y su potencial igualador se desmorona. Así que un debate sobre la política educativa basada en lecturas maximalistas, literales y aisladas de contenidos particulares del derecho a la educación puede derivar en el deterioro real del disfrute de ese derecho humano.

No debemos esperar que los derechos humanos resuelvan demasiados extremos de la redacción de la ley de educación, sino que indiquen qué mínimos debe respetar dicha ley, qué principios debe asegurar y a qué equilibrios inestables e imperfectos debe aspirar. A partir de ahí se abre el campo de la política.

En conclusión, los derechos humanos ni sustituyen a la política ni terminan con los legítimos debates ideológicos y las transacciones sobre lo posible.

TESIS SEGUNDA o de si los derechos humanos implican también deberes

Los derechos humanos entendidos sólo como una factura a presentar al Estado, como un catálogo de exigencias frente a otros, como un instrumento para reclamar pero nunca para responsabilizarse, no funcionan. Los derechos humanos son también una llamada a la responsabilidad ciudadana. Sólo se pueden construir sociedades democráticas y Estados de derecho –y por tanto entornos en que los derechos humanos sean de verdad respetados- con ciudadanos responsables que asuman que, junto con derechos, también tienen deberes para con su sociedad y sus conciudadanos.

Esta búsqueda de equilibrio entre los derechos y las responsabilidades ciudadanas no constituye una traición al proyecto histórico de los derechos humanos, ni una rebaja de su ambición tras una dura negociación con lo posible, sino que resulta profundamente fiel a su identidad y tradición más auténticas. Usted ha leído muchas veces el artículo primero de la Declaración Universal. Le pido que lo relea ahora prestando atención a cada palabra: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”

Antes incluso del primer artículo, en su preámbulo, la Declaración presentaba ya los derechos humanos como ideal común por el que todas personas y sociedades deben esforzarse. Debemos leer todo el articulado de la Declaración –esa es la función de un preámbulo- a la luz de esa llamada a un esfuerzo compartido. El profesor Diego Blázquez me ha enseñado a ver en esta frase el anuncio de una cultura militante y no pasiva de los derechos humanos¹⁵.

El sistema de los derechos humanos se construye sobre la confianza de que aceptamos el deber de comportarnos fraternalmente en sociedad. Los padres de la Declaración Universal, desde Eleanor Roosevelt a René Cassin, sabían muy bien qué era el totalitarismo y por este motivo colocaron el deber ciudadano en el frontispicio de su construcción, en equilibrio con la libertad, la igualdad y los derechos.

Los redactores de la Declaración quisieron además cerrarla insistiendo, como habían hecho en la apertura, en los deberes. Así el artículo 29 concluye, por si había alguna duda, que “toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”.

Mucho antes del nacimiento de los derechos humanos, Kant había anticipado que hay un equilibrio misterioso y maravilloso entre nuestra aspiración a ser felices y el deber de estar a la altura, algo así como un deber de ser dignos de ser felices¹⁶. Ese juego entre deberes y derechos permea, como se ve, la Declaración Universal literalmente de principio a fin.

15. Tiene razón Diego Blázquez al decir que, en este punto, la versión inglesa suena más enfática que la española: “...to the end that every individual and every organ of society, keeping this Declaration constantly in mind, shall strive...”

16. José Gómez Caffarena, Diez lecciones sobre Kant, Trotta, 2010.



Nueva York, 6.07.1949. Un grupo de miembros de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. De izquierda a derecha: René Cassin, C. Chang, Quincy How, Eleanor Roosevelt, Charles Malik y E. Kelen (<https://dam.media.un.org> – Identificador: UN7499072)

Cierto es que los derechos humanos son universales y no están de ningún modo condicionados al cumplimiento de obligaciones, pero no podemos entender que éstas no existan. Si alguien quiere un proyecto cómodo, los derechos humanos no son su programa: incluyen responsabilidades muy exigentes.

TESIS TERCERA o de si resulta posible una definición

Ni la Carta de las Naciones Unidas ni la Declaración Universal nos ofrecen una definición de los derechos humanos. Tiene sentido: seguramente empeñarnos en buscar una definición de derechos humanos nos abocaría al desacuerdo y nos impediría en la práctica avanzar en la promoción y la promoción de los mismos. Un Manual propuesto por el Consejo de Europa dice que los derechos humanos “son como la bondad, la verdad y la justicia, sobre las que a veces podemos estar en desacuerdo al definirlos, pero que reconocemos cuando las vemos”¹⁷.

Con frecuencia se indica que aun cuando no sepamos qué son los derechos humanos los sentimos cuando detectamos su ausencia. Ante una injusticia –entendida aquí como una vulneración de derechos humanos– sentimos una reacción automática, casi instintiva, de rechazo o indignación. Los derechos humanos serían el positivado fotográfico de ese negativo que supone la violación. Los derechos humanos vendrían así definidos a contrario como repulsa, como asco moral, y no necesitamos definirlos porque los percibimos como evidentes de manera universal en esa reacción compartida de rechazo ante la injusticia. Los de-

17. <https://www.coe.int/es/web/compass/what-are-human-rights->

rechos humanos nacerían de esa indignación ante un atentado contra la igual y universal dignidad humana.

Sin embargo este enfoque no explica por qué, en diferentes momentos históricos o en diferentes contextos culturales, unos nos indignamos ante la violencia doméstica contra la mujer y a otros puede parecer algo natural y aceptable. O por qué ninguno de los que participaban en los debates con Sócrates parecían identificar un problema moral o jurídico en la esclavitud. La idea de derechos humanos como reacción a la injusticia no nos explica que esa repulsa tiene mucho de aprendida. No podemos dar por buena la existencia de unos “preceptos legales guiados por la razón natural” como los que San Pablo, según explicaba a los romanos, veía “escritos en los corazones, siendo testigo la conciencia”¹⁸. Esa “razón natural” ni es permanente ni necesaria. No podemos eludir la necesidad de explicarnos el sentido histórico y cultural de los principios que tenemos “escritos en los corazones” y que nos llevan a indignarnos ante una injusticia.

Las Naciones Unidas presentan en su página web un acercamiento a primera vista más sencillo: “los derechos humanos son los derechos que tenemos básicamente por existir como seres humanos; no están garantizados por ningún estado”¹⁹. Pero un estudio más detenido comienza a plantear problemas. Esta definición tiene algo de tautológico: los derechos humanos son los derechos que los humanos tienen por ser humanos²⁰. Yo tuve un profesor en secundaria que solía repetir aquello de que la palabra definida no debe estar en la definición. Su memoria no me permite dar esta definición por buena.

Lo central en este tipo de definiciones es que los derechos humanos se nos reconocen a todos por el hecho de ser humanos, independientemente de que estén o no garantizados. ¿Se convierten así los derechos humanos en una mera aspiración más o menos moral o política, sin necesidad de reconocimiento y protección jurídica? A una concepción similar llega la citada obra del Consejo de Europa cuando concluye que “una reclamación de derechos humanos es, en última instancia, un derecho moral, y apoyada en valores morales”. No estoy tan seguro que esto resulte satisfactorio.

Tenemos que equilibrar este idealismo con la necesidad de que esos derechos de alguna forma estén reconocidos y protegidos por normas bien sea internacionales, bien nacionales. Pero si entendemos el reconocimiento y la protección como elementos necesarios de una definición, nos lanzamos en brazos del positivismo. El discurso de los derechos humanos pierde así toda su potencia transformadora, quedando al arbitrio de la norma del lugar y del momento. El extremo caricaturizado de una definición positivista sería “derechos humanos es lo que la norma diga que son los derechos humanos”²¹.

18. (Rom. 2, 14).

19. <https://www.ohchr.org/sp/issues/pages/whatarehumanrights.aspx>

20. Así, por ejemplo, en Mark Gibney: “Human Rights are a core set of rights that human beings possess by the simple virtue of their humanity”.

21. En ocasiones Norberto Bobbio no parece muy lejos de esta visión extrema.

Entre estos dos extremos que a efectos explicativos he llevado al extremo absurdo, encontramos un *continuum* de distintas gradaciones. Yo no encuentro forma de salir de una trampa (idealista o positivista) sin caer de alguna forma, más o menos grave, en la otra.

Algo parecido pudo ver en su momento Savater cuando dejó escrito que “no creo que puedan reducirse (los derechos humanos) a aspiraciones morales, pues hay en ellos un propósito institucional que trasciende el básico nivel de virtud. Ni tampoco son sólo aspiraciones jurídicas. Es decir: pertenecen demasiado al área de la moral como para poder ser solamente derechos positivos y tienen demasiada vocación de institucionalización jurídica como para que puedan ser llamados, sin reduccionismo, *morales*”²².

Ante estos problemas Adela Cortina buscaba un “tercera vía que conjugara trascendentalismo e historia, atendiendo al carácter evolutivo de la conciencia moral-jurídica, pero a la vez al valor normativo de las condiciones insuprimibles del sentido de los juicios”²³. Me apunto al plan, pero no parece fácil.

Uno de los gigantes anglosajones que todo artículo académico sobre la materia debe citar, admitió que no podía demostrar la existencia de estos derechos, pero que eso no significaba que no existieran. Otro no menos gigante ni de cita menos necesaria le espetó que eso lo mismo servía para justificar la existencia de unicornios o de brujas, y que a su juicio los derechos humanos no podían ser más que ficciones morales²⁴. Bien puede que “los derechos humanos sean ficciones – dice Victoria Camps²⁵- pero son ficciones convenidas mayoritariamente como necesarias para que la condición humana no deserte de la dignidad”.

El ensayista Marina concluye que “necesitamos un gran mito legitimador que aceptemos como real” y es que estamos ante “la necesidad de justificar un sistema por algo superior a él”. Ese “gancho trascendental –y aquí Marina se muestra fiel a su pensamiento presentado en otros ensayos anteriores- es un producto de la inteligencia humana: la dignidad”²⁶.

Camps y Marina nos conducen a nuestro siguiente punto al apuntarnos el concepto en que la mayor parte de las definiciones de derechos humanos se fundamentan: la dignidad humana.

Es el camino que toma la Carta de la ONU al basar su preámbulo en “la 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”. Con mayor insistencia aún lo hace la Declaración Universal que comienza 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”. El concepto de dignidad vuelve a

22. En *Ética como amor propio*, Grijalbo, 1988.

23. En *Ética Mínima*, Tecnos, 1986.

24. Me refiero a Dworkin y MacIntyre.

25. En *Elogio de la duda*, Arpa, 2016.

26. En *La lucha por la dignidad*, Anagrama, 2000.

aparecer varias veces en la Declaración, pero baste citar el artículo primero: “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. La Constitución española también apuesta por la dignidad al fundamentar el orden político y la paz social en “la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes”.

La palabra dignidad tiene un origen histórico asociado al privilegio, a la exclusividad, a la élite, a una clase social o política escogida²⁷. Con frecuencia se relacionaba con el mérito personal (demostrado en el campo de batalla o en el foro público). La dignidad -o el carácter de digno- venía también asociada a un cargo o a una identidad noble o diferenciada que le investía a uno de cierta distinción y le hacía merecedor o acreedor de algo. A la dignidad venía asociada una expectativa o un derecho a ser tratado de una forma especial, deferencial, o a poder reclamar una primacía.

Jack Donnelly nos habla de un proceso de “democratización de la dignidad”²⁸ como fundamento de los derechos humanos. Una dignidad que pasa de ser el privilegio de unos pocos a tener pretensión de universalidad: la dignidad humana.

Carlos Goñi defiende que los discursos renacentistas sobre la *dignitas hominis* se articulan sobre tres temas: la excelencia de cada persona, su individualidad, y “la defensa de cada ser humano de hacerse a sí mismo y de construir su propia felicidad”²⁹. De ser esto cierto estaríamos ya en el renacimiento vislumbrando un concepto de dignidad moderno³⁰. La ilustración avanzará, con Kant, en la determinación de la dignidad como aquello que no tiene precio, como valor absoluto³¹ y quizá aportará una mayor autonomía de la dignidad con respecto a cualquier otro fundamento trascendente que no sea la humanidad misma.

Llama la atención, sin embargo, que el Diccionario de la RAE siga apegado, en la edición del Tricentenario (actualizada en 2020), a un concepto premoderno de dignidad, con hasta 8 acepciones: (1) cualidad de digno; (2) excelencia, realce; (3) gravedad y decoro de las personas en la manera de comportarse; (4) cargo o empleo honorífico y de autoridad; (5) en las catedrales y colegiadas, prebenda que corresponde a un oficio honorífico y preeminente; (6) persona que posee una dignidad prebenda; (7) prebenda del arzobispo u obispo; (8) en las órdenes militares de caballería, cargo de maestro, trece, comendador mayor, clavero, etc.³² Bien

27. En ese sentido, el art. 57.2 de la Constitución española: “el Príncipe heredero (...) tendrá la dignidad de Príncipe de Asturias y los demás títulos vinculados tradicionalmente al sucesor de la Corona de España”. La Constitución española sólo emplea la palabra dignidad en dos ocasiones: la primera en el sentido universal (art. 10), la segunda, aquí, en el sentido de privilegio.

28. En *Universal Human Rights in theory and practice*, Cornell University Press, 2013.

29. Carlos Goñi, *Pico della Mirandola*, Arpa, 2020.

30. Otra propuesta, a la estela de Pico della Mirandola, de fundamentar la dignidad humana en la libertad del hombre de hacer a sí mismo, la encontramos en la España del siglo XVI en Fernán Pérez de Oliva, *Diálogo de la dignidad del hombre*, circa 1530: “Porque como el hombre tiene en sí natural de todas las cosas, así tiene libertad de ser lo que quisiere”. Disponible en *Cátedra*, 2008.

31. José Gómez Caffarena, *Diez lecciones sobre Kant*, Trotta, 2010.

32. <https://dle.rae.es/dignidad> Consultado en diciembre de 2020.

podría servir este artículo para proponer a la RAE una actualización que incluya la acepción de dignidad como condición humana universal que sostiene los fundamentos de los derechos humanos y del Estado de derecho.

Savater tiene un precioso ensayo en que recorre desde la *Oratio de hominis dignitate* de Pico della Mirandola hasta su adorado Voltaire, pasando por Montaigne o Pascal, esa historia de la dignidad³³. Savater ve en la pérdida de la fundamentación divina de la dignidad la clave del proceso: “la dignidad del hombre es lo que los hombres merecen, lo que pueden lícitamente reclamar. Pero reclamar ¿a quién? A los otros hombres, desde luego: la dignidad del hombre no es más que el reconocimiento recíproco de lo humano por lo humano”. Y de ahí que pueda Savater –y nosotros con él– entender los derechos humanos como “la codificación detallada, positiva e históricamente determinada de la dignidad del hombre”.

Otros autores fundamentan los derechos humanos en las necesidades humanas³⁴. Tiene la ventaja de sustituir un término tan sospechoso como dignidad, pero tampoco nos resuelve tanto como parece, puesto que de alguna forma necesitaremos remitirnos a una teoría de las necesidades humanas que incluya necesidades no materiales como el reconocimiento y la cultura, con lo cual estaremos entrando por la puerta de servicio en la vieja morada de la dignidad. Por otro lado necesitaremos que esa teoría nos ayude a diferenciar necesidades objetivas y universalizables, de aquellas otras percepciones subjetivas de necesidad que resulten más discutibles.

Otros autores³⁵ prefieren apoyarse en las oportunidades y las capacidades, sobre las que ya Amartya Sen construyó el sólido edificio del desarrollo humano. A mí me gusta esta propuesta, pero lo cierto es que hasta el propio Sen ha advertido de los límites del intento³⁶.

De modo que, apoyados en la autoridad de la Carta y la Declaración, seguiremos confiando en la idea de humana dignidad universal. Lo que nos confronta con otro problema que ya vio en su día Juan Luis Vives: “Las que ordinariamente se llaman dignidades, ¿cómo se podrían llamar así si vienen a personas indignas que nos las mereciendo las ganaron con engaño, con ambición, con soborno, con premios y con otras malas artes?”³⁷.

La reflexión resulta importante ahora aplicada al concepto universal de dignidad. La doctrina de los derechos humanos no retira a nadie la dignidad humana, si bien pueda uno comportarse indignamente y no estar a la altura de la dignidad que, como ficción jurídica, como invención cultural, a todos se reconoce. En palabras de Javier Gomá “estos derechos son válidos aunque (su titular) desmienta

33. Avatares de la dignidad humana, en *Las razones del antimilitarismo y otras razones*, Anagrama, 1984.

34. *Claves para entender los nuevos derechos humanos*, María Eugenia Rodríguez Palop, Catarata, 2011.

35. Adela Cortina en *Justicia Cordial*, Trotta, 2010.

36. En *Human Rights and Capabilities*, *Journal of Human Development*, Vol. 6, No. 2, July 2005.

37. En *Introducción a la sabiduría*, 1524 (Maxtor, 2019).

esa dignidad de origen con una odiosa indignidad de vida”³⁸. Un violador, un terrorista o un torturador se comporta contra la dignidad propia y ajena, es una persona que se muestra no *digna de su dignidad*, pero a la que el Estado de derecho y la cultura de los derechos humanos reconoce y respeta derechos basados en la dignidad universal.

En conclusión, deberíamos apostar por una definición abierta y flexible que se coloque en algún punto intermedio entre el idealismo y el positivismo, sin confiar demasiado ni en uno ni en otro y tratando –si se me permite parafrasear a Kipling- a estos dos impostores de igual forma³⁹; que incluya alguna referencia a cómo la necesidad pasa a considerarse histórica y culturalmente dignidad; y que añada alguna indicación sobre cómo damos a todo ello cierto tipo de reconocimiento y protección, jurídico y político, interno e internacional.

TESIS CUARTA o de la universalidad como vocación

El problema ya lo conoce usted y puede ser formulado de una forma tan sencilla como complejo resulta su abordaje: ¿son los derechos humanos una construcción europea u occidental que han sido impuestos como ideal universal?, ¿han sido concebidos por hombres y cargan, por lo tanto, con esa tara de parcialidad?

Podemos responder positivamente a estas preguntas, sin embargo una respuesta afirmativa sin matices podría terminar cayendo en el mismo prejuicio que seguramente se quiere denunciar al plantearlas: invisibilizaría la pluralidad realmente existente.



Nueva York, 5.09.1949. La Comisión de Derechos Humanos abre su quinta sesión. Eleanor Roosevelt, a la derecha, con dos representantes que también forman parte de la Comisión: Minerva Bernadino de la República Dominicana, a la izquierda, y Ana Figueroa de Chile. (<https://dam.media.un.org> – Identificador: UN7478403)

38. Javier Gomá, Qué es la dignidad, *El País*. 30.07.2016.

39. “If you can meet with triumph and disaster / and treat those two impostors just the same”, Rudyard Kipling.

El Comité que redactó la Declaración Universal estuvo presidida por una mujer: Eleanor Roosevelt. Su papel ha sido con mucha frecuencia minusvalorado. A veces se la presenta como si su mérito fuera ser viuda del presidente norteamericano. Pero lo cierto es que Eleanor Roosevelt tenía ya una larga trayectoria de promoción de los derechos humanos, de lucha contra la discriminación y por la igualdad de género y racial en los Estados Unidos. Ella ejerció un liderazgo efectivo importante en las negociaciones, gestionando diferencias y en ocasiones imponiendo sus criterios⁴⁰.



Nueva York, 14.05.1946. La Subcomisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer celebra una rueda de prensa. De izquierda a derecha: Angela Jurdak, Líbano; Fryderyka Kalinowski, Polonia; Bodgjl Begtrup. Dinamarca y presidenta del comité; Minerva Bernardino, República Dominicana; y Hansa Mehta, India. (<https://dam.media.un.org> – Identificador: UN7617916)

Hubo otras mujeres que contribuyeron a la redacción de la Declaración, como Minerva Bernardino, de la República Dominicana, que defendió que se incluyera en el preámbulo la igualdad entre hombres y mujeres. O como la india Hansa Mehta, miembro del comité de redacción, que consiguió cambiar las referencias iniciales a la palabra hombre por persona o ser humano. Esa misma propuesta fue defendida por la danesa Bodil Gertrud Begtrup, que participó en algunos debates en representación de la Comisión sobre el estatus de la mujer que presidía. También participó la relatora de esta Comisión, la bielorusa Evdokia Uralova, que propuso la inclusión de la igualdad salarial. La pakistaní Begum Shaista Ikramullah capitaneó, desde su posición en la Asamblea General, la inclusión de la igualdad de derechos en el matrimonio, así como los debates sobre el matrimonio infantil y el matrimonio forzoso⁴¹.

Afirmar que la mujer no estuvo presente en la redacción de la Declaración obliga a invisibilizar el papel de, entre otras, Roosevelt, Bernardino, Mehta, Beg-

40. *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human*, Mary Ann Glendon, Random House, 2001. Existe una edición en español a cargo de la Comisión Mexicana de Derechos Humanos: *Un mundo nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal*, FCE, 2011

41. *Women who shaped the Universal Declaration* en <https://www.un.org/en/observances/human-rights-day/women-who-shaped-the-universal-declaration>.

trup, Uralova o Shaista Ikramullah. Quienes compartimos el objetivo de aplicar un enfoque de género en la lectura de la historia de los derechos humanos necesitamos contar con narrativas que hagan justicia, con conocimiento y rigor, a las importantes aportaciones de las mujeres antes de negar su existencia o relevancia⁴².

Por otra parte el recorrido histórico que ha llevado a la Declaración Universal de los Derechos Humanos está jalonado de hitos de la historia política occidental. Negarlo es ocultar la realidad. Podríamos entender la Declaración Universal como hija de los sueños y las pesadillas occidentales, como un programa que se cree universal pero no lo es. Suena convincente, pero quizá demasiado simple. A menudo se denuncia el eurocentrismo (en el sentido de occidental, aquí) de los derechos humanos partiendo paradójicamente de una visión demasiado eurocéntrica de los mismos.

El chino Chang y el libanés Charles Malik, fueron vicepresidentes del citado comité de redacción de la Declaración. Quien lea las actas de las reuniones (*travaux préparatoires*)⁴³ verá que en ocasiones se remitían de forma explícita a tradiciones no occidentales con la intención de incorporarlas a la Declaración⁴⁴. Uno puede discutir hasta qué punto ese esfuerzo fue más o menos exitoso, pero no puede ignorar que existió. Además el papel de América Latina fue de una importancia muy especial, puesto que se trataba del mayor grupo regional. Además contaba con diplomáticos de la talla de Hernán Santa Cruz, por Chile, que fue clave sobre todo en materia de derechos culturales.

A partir de la Declaración comienza una labor de codificación que fue paralela en sus inicios a la descolonización (proceso que a su vez se produce a la estela de la Declaración). Durante los años 50 y 60 se fueron incorporando a las Naciones Unidas nuevos Estados descolonizados que introducían en la agenda nuevas preocupaciones y reclamaban nuevos intereses. No es casual que el primer tratado universal de derechos humanos esté dedicado a la lucha contra la discriminación racial (1965).

Los pactos de derechos humanos inmediatamente posteriores (1966) incluyen ya el derecho de libre determinación, para que los pueblos puedan establecer libremente su condición política y su desarrollo económico, social y cultural, así como disponer de sus riquezas y recursos naturales. Estos mismo pactos del 66 ya no se conforman con una cláusula de no discriminación que equipare formalmente a la mujer y al hombre, sino que incluyen un mandato de garantizar la igualdad en el goce de todos los derechos: es decir no bastará ya con la igualdad formal, sino que aspiramos -al menos como ideal- a la igualdad real. Poco des-

42. En ese sentido la *contra-narrativa* de Rebecca Adami en *Women and the Universal Declaration of Human Rights*, Routledge, 2020.

43. William A. Schabas, *The universal Declaration. The travaux préparatoires*, Cambridge University Press, 2013.

44. *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting, and Intent*, Johannes Morsink, University of Pennsylvania Press, 1999.

pués vendría la Convención para la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (1979).

Los tratados de derechos humanos ya no se negocian, a partir de los años 60, y especialmente tras el fin de la guerra fría, entre Estados occidentales o en un entorno dominado por ellos. Se deciden en el marco de unos órganos de Naciones Unidas donde, en materia de tratados y en las votaciones de la Asamblea General, rige el principio de un Estado un voto. Y el hecho es que la mayoría la componen los Estados que, con mayor o menor acierto, hoy denominamos del Sur global. Por eso hay tratados de derechos humanos y declaraciones de la Asamblea General que reconocen o amplían derechos que han surgido por iniciativa de países del sur (o incluso de la sociedad civil global) frente a la reticencia o falta de entusiasmo de los países occidentales.

A esto se suma el hecho de que los textos de derechos humanos se aplican, adaptan e interpretan cotidianamente, incluso se actualizan y amplían (desarrollo progresivo) mediante el quehacer de la Asamblea General, el ECOSOC, el Consejo de Derechos Humanos o los órganos de tratados (Comités). Todas estas instituciones replican la diversidad cultural y regional de la ONU por lo que su quehacer debe entenderse como realmente universal.

Seguir hablando de los derechos humanos en la ONU como un instrumento occidental sólo se puede hacer, como decíamos, cayendo en la misma trampa que se quiere denunciar: despreciando el trabajo y el valor de las innumerables aportaciones no occidentales. Insisto en la paradoja, tan reveladora como frecuente.

En ocasiones uno se encuentra ante comunidades indígenas que presentan sus reclamaciones contra el poder por medio de un discurso basado en los derechos humanos. Mientras que ese poder nos explica con excelente argumentación académica que los derechos humanos no han sido apropiados por estos pueblos porque tienen tradiciones y valores diferentes. Ante los órganos de la ONU llegan representantes institucionales de Estados a explicar que sus tradiciones no incluyen la igualdad de género y que deben respetarse. O se presentan autoridades de países que criminalizan la homosexualidad con penas de prisión e incluso de muerte y explican que la homosexualidad es una “aberración occidental”⁴⁵ que sus culturas no aceptan y que no existen en sus países.

¿Debemos decir a las mujeres que luchan por la igualdad o a los homosexuales que claman desde prisión, que deben someterse a lo que otros han definido como su cultura y su identidad, una definición que incluye que o bien no deben luchar por sus derechos o incluso no deberían existir? Cuando las víctimas presentan su indignación ante una injusticia -recordemos las definiciones de derechos humanos que se basan en el sentimiento de indignación- en forma de derechos humanos, el relativismo cultural no debe convertirse en cómplice del sufrimiento humano injusto, sino que bien al contrario debe contribuir a la mejor forma de proteger al débil frente a la agresión.

45. (empleo esa expresión tan dura porque me ha tocado escucharla en el contexto que menciono).

Los derechos culturales existen, por supuesto, pero son derechos que incluyen libertades, es decir, derechos a hacer o a no hacer, derechos a participar o a no participar, y derechos a definir la propia cultura en evolución y cambio⁴⁶. Nadie puede invocar la diversidad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional ni para limitar su alcance, dicen varios textos internacionales. Sin el elemento libertad no se entienden los derechos culturales.

Los derechos humanos, dice Ignatieff, “se han hecho globales haciéndose locales, insertándose en el corazón de culturas y cosmovisiones distintas a las occidentales y fundamentando las luchas de gente común contra estados injustos o prácticas sociales opresivas”⁴⁷. En su alocución⁴⁸ en la Universidad de San Joseph, en Beirut, el por aquel entonces superior de los jesuitas, Peter Hans Kolvenbach, dejó dicho que “en una sociedad pluricomunitaria como la libanesa, el respecto a los derechos humanos condiciona las modalidades de diálogo de las culturas. La integración de comunidades y de sus respectivas tradiciones exige sin duda compromisos, pero no la aceptación de disposiciones estatutarias o consuetudinarias que vayan contra la dignidad de la persona (...) Conforme a esta vara de medir se juzgan los valores de las culturas dialogantes.”

¿Significa esto que defendemos los derechos humanos como catálogo uniforme y de aplicación idéntica y sin matices? Por supuesto que no. Los derechos humanos pueden aplicarse e incluso limitarse de distintas formas según los lugares y circunstancias. Los derechos humanos deben seguir abiertos a enriquecerse de diferentes fuentes y entroncarse mejor en diferentes culturas. Su aplicación práctica incluye los elementos de adaptabilidad y aceptabilidad cultural. Pero todo ello debe servir para el mayor disfrute de los derechos, no para justificar su vulneración.

En este mismo sentido, Kolvenbach añadió en la citada alocución libanesa una idea expresada en términos muy cuidados: “los principios reguladores enunciados en la Declaración constituyen el marco de referencia necesario para todo diálogo entre culturas que se desee coherente y fecundo”.

Los derechos humanos no son perfecta y absolutamente universales ni en su creación, ni en su desarrollo, ni en su aplicación, pero sí incluyen una irrenunciable vocación de universalidad –al menos en lo que se refiere a sus principios básicos- que, no por casualidad, las víctimas acostumbra a ver con mejores ojos que los victimarios.

46. Incluye el derecho “a actuar libremente; a escoger su propia identidad; a identificarse o no con una o con varias comunidades, o a cambiar de idea; a participar en la vida política de la sociedad; a ejercer sus propias prácticas culturales y a expresarse en la lengua de su elección (...) a contribuir a la creación (...) a participar en el desarrollo de la comunidad a la que pertenece, así como en la definición, formulación y aplicación de políticas y decisiones que incidan en el ejercicio de sus derechos culturales”. Observación general N° 21, del Comité DESC, 2009

47. Michael Ignatieff, *Human Rights as Politics and Idolatry*.

48. Alocución del 19 de marzo del 2000. En P-H. Kolvenbach, *Discursos universitarios*, UNIJES, 2008.

TESIS QUINTA o de porqué la historia es más importante para el activista que para el académico

Otro jesuita, Ignacio Ellacuría, escribió: “La verdad de la realidad histórica no es lo ya hecho: eso es sólo una parte de la realidad. Si no nos volvemos a lo que se está haciendo y lo que está por hacer, se nos escapa la verdad de la realidad”⁴⁹. Así la realidad histórica que son los derechos humanos habla no sólo de pasado, sino también de presente y de futuro, y sobre todo llama a nuestra participación en ese presente y en ese futuro. Quiero eferirme aquí, al hablar de historia, a ese proceso abierto, a esa realidad histórica en sentido ellacuriano.



Ignacio Ellacuría y la realidad histórica

Conocer la historia de los derechos humanos tiene una importancia capital. El conocimiento histórico no es un adorno útil para contar una anécdota en clase, o en una conferencia, o quizá cuando te invitan a un cóctel en la embajada y conviene mostrar cierta cultura. Bien al contrario la historia es un bien esencial para entender los derechos humanos, dado que nos muestra el largo camino que explica no sólo de dónde y cómo vienen los derechos humanos, sino cómo son y cómo pueden ser.

La historia nos muestra que los derechos humanos no son la fotografía de un momento, es decir, no son una lista fosilizada o una norma estática y congelada. No son una instantánea sino una película o, mejor aún, una serie inconclusa que lleva ya varias temporadas emitiéndose. Los derechos humanos están

49. I. Ellacuría, *Filosofía de la realidad histórica*, Trotta, 1991.

en movimiento, en cambio permanente. Y en función del éxito de esta temporada, los guionistas quizá eliminen para la próxima un personaje y le den mayor protagonismo a otro, o apuesten por dar un giro de guion y cambien sorpresivamente la trama para gusto o disgusto de sus fieles seguidores. Y eso es maravilloso porque significa que los derechos humanos pueden evolucionar y sus mecanismos y contenidos pueden mejorar. Pero también significa que el proceso histórico de reconocimiento y protección de los derechos puede sufrir retrocesos, desdibujarse y diluirse, perder potencia. Cuando los derechos humanos se ven amenazados o negados sufre la víctima, pero sufre también la credibilidad del proyecto de los derechos humanos y las esperanzas que él podamos tener puestas. Sólo sabiendo en qué momento de ese devenir histórico nos encontramos y percibiéndolo en movimiento podemos ser promotores, activistas y defensores, actores del desarrollo de los derechos humanos, y no meros observadores.

Si entendemos como aquí proponemos los derechos humanos como una serie de televisión y no como uno de sus fotogramas, deberemos aceptar que no podemos entender los derechos humanos si solo vemos un capítulo concreto de, por ejemplo, la quinta temporada. Eso es lo que nos pasa si leemos una norma o un tratado desconociendo la historia, si tratamos de aplicarlo sin entender su marco legal e institucional, su contexto. Si ignoramos la historia vamos a fallar como juristas o como defensores. El estudio de la historia de los derechos humanos –y su comprensión como realidad histórica– es tanto una herramienta del defensor de los derechos humanos, del militante y del activista como del académico o el diplomático. La historia resulta tan importante en la calle y en el tribunal como en la universidad o en la fiesta de la embajada.

Tanto si somos profesionales o técnicos, activistas o defensores, conviene conocer la historia de los derechos humanos para participar en sus cambios y para defenderlos mejor, para ser, a la estela de Ignacio Ellacuría, actores de la realidad histórica.

TESIS SEXTA o de si tener trabajo y vivienda son derechos

Los derechos al trabajo o a la vivienda están reconocidos como derechos humanos, ¿implica esto que el Estado debe asegurar a cada ciudadano un puesto de trabajo y una vivienda? En caso contrario, ¿debemos concluir que este tipo de derechos no son realmente derechos en el sentido fuerte jurídico de la palabra sino meros mandatos políticos programáticos?

Todos hemos oído hablar de las tres generaciones de Derechos Humanos. Fue el marco explicativo en el que nuestra generación aprendió a categorizar los derechos humanos en tres grupos: los civiles y políticos; los económicos, sociales y culturales (DESC); y los de tercera generación o de la solidaridad (tales como el derecho al desarrollo o al medioambiente). Esta clasificación resultaba útil a efectos descriptivos y pedagógicos, pero la mayor parte de sus implicaciones se antojan ya bastante discutibles.

Este planteamiento permitía sustentar un principio según el cual los DESC tenían una naturaleza esencialmente distinta a la de los civiles y políticos. Los

DESC serían derechos programáticos que apuntan unas orientaciones político-económicas o unos principios sociales que obligan moral y políticamente al Estado, pero que no podrían adecuarse a determinadas categorías jurídicas de los derechos que lo son por completo y de verdad. Mientras que de los derechos civiles y políticos se derivarían obligaciones de resultado (respetar y cumplir el derecho), de los DESC sólo se derivarían obligaciones de actividad (tomar medidas para avanzar progresivamente hacia el disfrute de los derechos). De los DESC, según esta visión, no se derivarían obligaciones concretas, firmes, identificables y, por lo tanto, estos derechos no resultarían exigibles jurídicamente y no serían justiciables.

En otro lugar calificué estas ideas como mito y sigo creyendo que en buena parte lo son⁵⁰. Hoy en día esa diferenciación tan radical entre unos y otros derechos no se sostiene. Los DESC tienen contenidos que incluyen obligaciones inmediatas y de resultado y contienen también otras obligaciones que, sin serlo, sí resultan concretas, identificables, exigibles y justiciables.

¿Significa eso que los DESC han evolucionado hasta proveernos directa y automáticamente de un título para acceder al bien objeto del derecho? Dicho de otra forma: ¿supone el derecho a la vivienda que el Estado debe facilitarme de inmediato el acceso efectivo a una?, ¿significa el derecho al trabajo que el Estado debe garantizarme un empleo?

La respuesta no puede ser, de forma directa e incondicional, positiva, sino más bien una insatisfactoria aceptación de que no siempre va a resultar en la práctica así. Esto no significa, salvo si interpretamos todo con un simplismo maniqueo y absolutista, que el derecho no exista o no sea tal derecho o no tenga extraordinaria importancia práctica en nuestras vidas (especialmente en la quienes no tienen acceso a la vivienda o un empleo). El derecho protege de muchas formas distintas e impone obligaciones ciertas y exigibles al Estado.

En derecho internacional⁵¹, el Estado tiene la obligación de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga para lograr progresivamente la plena efectividad de estos derechos⁵². El derecho internacional de los derechos humanos ha avanzado mucho a la hora de ir identificando esas obligaciones, por ejemplo, señalando contenidos mínimos esenciales no sometidos a la progresividad, controlando las medidas adoptadas, estudiando el uso de los recursos, fiscalizando las posibles retrocesos y practicando la justiciabilidad de todo ello.

Más de uno podría replicar que si no hay un puesto de trabajo concreto no hay derecho al trabajo que valga y que, por mucho que podamos contar aquí, todo se queda en papel mojado. No creo que sea así. El derecho al trabajo no impone al Estado una obligación imposible de dar empleo de forma automática e inmediata a todo el mundo (lo que relegaría los DESC al ámbito de la aspiración política sin juridicidad), pero sí obliga a adoptar políticas de empleo hasta el má-

50. Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Una puesta al Día, ICARIA. ANUARIO DE CEIPAZ, 2010.

51. Art 2 PIDESC.

52. La Constitución española adopta una solución comparable en el Art 53. 3. "informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen".

ximo razonable de sus recursos, a proteger el trabajo existente, a priorizar el empleo en el resto de sus políticas económicas, además de otros derechos relativos al trabajo, como proteger a quien no lo tiene y facilitar su formación e inserción, a cuidar por la calidad del trabajo y sus condiciones, etc.

Recordemos que la Declaración Universal reconoce un derecho al trabajo en “condiciones equitativas y satisfactorias y a la protección contra el desempleo”, así como “igual salario por trabajo igual” y una “remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”. Si estudiamos la situación de precariedad en nuestra sociedad comprobaremos que queda mucho por hacer para el disfrute pleno de este derecho. No caben visiones de todo o nada.

Los DESC son atacados desde dos extremos ideológicos: quienes creen que no pueden entenderse como verdaderos derechos puesto que sus objetivos sólo pueden ser alcanzados mediante el libre juego del mercado y el Estado de derecho en una sociedad abierta; y quienes por el otro extremo demandan de los derechos la satisfacción inmediata de las necesidades y, al comprobar que esto no se da, niegan al derecho su condición de tal. Curiosamente ambas posiciones, por derecha y por izquierda, pueden estar más cercanas de lo que parece.

En conclusión, los derechos a la vivienda o al trabajo (o el resto de los DESC) existen, tienen contenidos exigibles amplios, concretos y ambiciosos, obligan al Estado y son justiciables, pero aun así no siempre van a resultar de modo directo e inmediato en que todo el mundo tenga acceso efectivo a un trabajo y a una vivienda. No por ello dejan de ser derechos. No por ellos dejan de ser importantes.



El autor ante el Palais des Nations, sede de la ONU en Ginebra

TESIS SÉPTIMA o de si las empresas tiene obligaciones en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El Derecho Internacional era, en la visión clásica, un derecho creado por los Estados para gestionar sus relaciones, bien de cooperación, bien de competencia o incluso de conflicto. Los únicos sujetos relevantes de este derecho serían los Estados.

A raíz de la creación de la ONU y del nacimiento del sistema internacional de promoción y protección de los derechos humanos, este esquema rígido comienza a resquebrajarse y aparecen nuevos actores: las personas y los Organismos Internacionales; hasta cierto punto los grupos armados, los pueblos y las minorías... ¿Y las empresas?, ¿les atribuye el Derecho Internacional contemporáneo obligaciones?, ¿gozan de alguna capacidad de acción o representación?⁵³

Las corporaciones multinacionales cobran un inusitado protagonismo político en los años 50 y 60. Estas empresas operan en distintos países –de ahí que otros prefieran denominarlas transnacionales- y alcanzan dimensiones gigantescas, con cientos de miles de empleados y una capacidad financiera superior en muchos casos a los de algunos de los Estados en que operan. Todo esto sumado a sus importantes conexiones políticas tanto en los países de origen como en los de actividad, así como su capacidad influencia en los agentes más diversos, llevó a un poder efectivo en algunas regiones que doblegaba cualquier intento del Estado por establecer políticas soberanas.

El resultado fue, en no pocas ocasiones, la extensión de la corrupción, la contaminación, la violencia, la ruina o el empobrecimiento. Sin necesidad de recurrir a autores críticos más habituales en los discursos de este tipo, como Eduardo Galeano o Noam Chomsky, baste aquí citar la más reciente novela de Mario Vargas Llosa. *Tiempos Recios* refleja bien el terrible control que la *United Fruit* llegó a desplegar sobre Guatemala en los años 50, quitando y poniendo gobiernos, gracias a sus hilos con el poder local, la embajada norteamericana y la CIA, y a una notable ausencia de escrúpulos morales en el uso del chantaje, la amenaza o la fuerza⁵⁴.

Las Naciones Unidas comenzaron en los años 70 a preparar un código de conducta dirigido a empresas multinacionales que pusiera coto a las prácticas más rechazables, tales como sobornos, persecución de sindicalistas, vulneración de derechos laborales o apropiación de tierras y recursos naturales, pero no llegó a aprobarse. Con el cambio de siglo llegaron la Declaración del Milenio y los Objetivos de Desarrollo del Milenio, y con ellos un Pacto Mundial⁵⁵ que es un compromiso voluntario al que las empresas se adhieren y que tiene contenidos de derechos humanos, medioambiente, buen gobierno y transparencia. Importante como sin duda es, este pacto no cuenta con mecanismos de supervisión o de

53. Sobre este asunto escribí un artículo en el BOLETIN DE ESTUDIOS ECONOMICOS editado por Deusto Business Alumni, Agosto 2019, Nº 227, del que tomo algunas ideas y frases.

54. Mario Vargas Llosa, *Tiempos Recios*, 2019.

55. <https://www.unglobalcompact.org/>

rendición de cuentas en caso de incumplimiento.

En los últimos años se han sucedido nuevas iniciativas en el seno de la ONU que tienen como fin la implicación de las empresas en el respeto de los derechos humanos y la intención de avanzar hacia esquemas más exigentes de obligaciones y rendición de cuentas. Es decir, que estaríamos poco a poco pasando del terreno de la Responsabilidad Social Corporativa (RSC) a uno nuevo para todos: el de la Responsabilidad Corporativa en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En el Consejo de Derechos Humanos se adoptaron en 2011 los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos⁵⁶ (conocidos como Principios Ruggie, por su proponente), que se fundamentan en tres pilares: las obligaciones de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos; el papel de las empresas y su deber de cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos; y la necesidad de que los derechos y obligaciones vayan acompañados de recursos adecuados y efectivos en caso de incumplimiento. Uno de los muchos méritos del profesor John Ruggie fue coordinar un trabajo que no se percibió contra nadie, sino en colaboración con los distintos sectores involucrados. ¿Son estos principios *soft law* o *hard law*? Sin ser jurídicamente vinculantes, todo parece indicar que avanzan para alcanzar ese fin en algún momento del futuro. Algunos autores hablan, a mi juicio con acierto, de cierto endurecimiento del *soft law* en este ámbito, en una expresión tan chocante como conseguida⁵⁷.

A partir de ese momento, y con base en los principios Ruggie, se observan distintas iniciativas simultáneas en el marco de la ONU, a distintos ritmos y con distinto grado de éxito, con el fin de desarrollar este nuevo campo de las obligaciones internacionales de las empresas en materia de derechos humanos. Hay un grupo de trabajo del Consejo con dicho mandato; una iniciativa de varios países para la redacción de un tratado *ad hoc*; además los distintos órganos de tratados (comités de la ONU) tratan ya con los Estados de estas cuestiones (en el marco de su control de las obligaciones internacionales de los Estados); y, para terminar, los Estados van incorporando mecanismos internos para todo ello (desde los Planes Nacionales de empresas y derechos humanos, hasta los Puntos Nacionales de Contacto –dependiente del sistema OCDE-).

No estoy seguro de que la búsqueda de un tratado internacional, iniciativa apoyada por varios países y por numerosas ONGs, sea la vía más prometedora. Incluso me temo que pueda estar teniendo efectos contraproducentes al alejar a muchos estados y empresas de un proceso con mayores incógnitas que certezas. Sospecho que en este ámbito, como en tantos otros, avanzamos mejor y más rápido sobre la legitimidad de una amplia base de consensos progresivamente conquistados (de los Estados entre sí y de estos con otros agentes sociales y privados), tal como se trabajó para el Global Compact y los Principios Ruggie.

56. A/HRC/RES/17/4.

57. Cantú Rivera, por ejemplo, en “La responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos”, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2018.

No cabe acercarse a este asunto con posiciones ni maniqueas ni simplistas, ni caminar a base de prejuicios o lugares comunes. En ocasiones son las empresas las que demandan un marco claro, dado que necesitan un entorno de competencia clara en igualdad de condiciones y de seguridad jurídica que resulte previsible. Por supuesto que, en el caso de conflicto entre los derechos humanos y otro tipo de intereses, priman los primeros, pero también es cierto que los derechos reputacionales y legítimos intereses de las empresas no pueden ignorarse. Todo paso adelante en la materia de empresas y derechos humanos –si se quiere efectivo y que no sólo sirva como instrumento de efectista denuncia política- debe considerar cómo se gestionan los legítimos intereses empresariales. Si en el desarrollo de este nuevo campo del derecho internacional de los de los derechos humanos perdemos al sector privado como aliado no llegaremos, me parece, muy lejos.

Esto no ha hecho más que comenzar. La cuestión de las empresas y los derechos humanos abre un nuevo campo exigente y lleno de oportunidades. Oportunidades para las empresas que antes comprendan el cambio de paradigma y lo lideren: no sólo evitarán ulteriores riesgos, sino que estarán en mejores condiciones para afrontar nuevos retos globales. Ya no será suficiente con presentar sólidas políticas de RSC sino que las empresas se verán obligadas a afrontar, con políticas integrales al más alto nivel y con medidas concretas y recursos importantes, la integración de los derechos humanos en su gestión, especialmente cuando de actividades en terceros países se trate.

Las universidades y escuelas de negocio deberán incorporar en sus programas esta materia no como una optativa de interés sólo para el alumno más sensibilizado, sino como una exigencia que todo buen profesional debe conocer como parte fundamental de su formación. El Financial Times ya lo dijo: "Human Rights should be on the MBA curriculum"⁵⁸. Grandes universidades y escuelas de negocio de todo el mundo, desde la Nueva York University o la Business School de Berkeley (Haas) hasta la Copenhague Business School o la Erasmus University de Rotterdam, están ya avanzando por ese camino. Las universidades y escuelas de negocios de nuestro entorno harían mal en quedarse atrás.

Las empresas en un mundo de crecientes obligaciones en el marco del derecho internacional de los derechos humanos.

TESIS OCTAVA o de si los derechos saltan fronteras

A la estela de la experiencia extrema del régimen nazi, Hannah Arendt señaló los límites del estado como espacio de protección de los derechos humanos y añadió que esa terrible vivencia había acabado para siempre con una forma de entender estos derechos basada en una excesiva confianza en las posibilidades del estado como protector⁵⁹. Hay que entender la Carta de la ONU, la Declaración

58. FT. Ken McPhail, 17.03.2014.

59. Los orígenes del totalitarismo.

Universal de los Derechos Humanos y el sistema que con estos documentos nace como una superación de una concepción de los derechos humanos anterior a 1945 que confiaba en el estado como su único garante concebible. La visión de los derechos humanos que nace tras la Segunda Guerra Mundial es distinta y es revolucionaria, no una mera continuidad de las declaraciones clásicas como la francesa, la americana o los reconocimientos constitucionales existentes a la fecha. Esa ruptura está marcada por la superación del estado como único marco del reconocimiento y la protección de los derechos humanos⁶⁰.

El año 2020 ha mostrado que la comunidad internacional comparte desafíos que son globales. La COVID-19 es uno de esos riesgos globales, en este momento el más urgente, pero no el único. El cambio climático es, por poner el ejemplo más evidente, otro.

Ulrich Beck nos explicó en su día que el cosmopolitismo no es ya a estas alturas una pose o una decisión de tipo intelectual, “una elección consciente y voluntaria, a menudo incluso elitista”. Bien al contrario “se impone como una elección forzosa o como una secuela de decisiones inconscientes”⁶¹. Ya no nos sirve el “convencimiento de que la sociedad moderna y la política moderna sólo pueden existir si se organizan al modo del Estado Nacional (que) se equipara a una sociedad nacional, territorial, estatalmente organizada y rodeada de fronteras”. Beck aplica estas ideas a nuestro asunto: “el régimen de los derechos humanos es el ejemplo clave de cómo se suprime la diferenciación entre nacional e internacional y se hace avanzar la cosmopolitización interna de las sociedades nacionales, reescribiendo así la gramática de lo social y político”.

Parece lógico que, si compartimos retos y compartimos riesgos, lo mejor sería que compartiéramos también algunos instrumentos comunes para afrontar esos retos y riesgos conjuntamente, equilibrando, dentro de lo posible, los legítimos intereses locales con los intereses globales. Pero, ¿podemos llegar tan lejos como apunta Beck al afirmar que “los derechos humanos suprimen y desactivan fronteras aparentemente eternas”?

Ante la crisis del coronavirus hemos presenciado una clara polarización: la de quienes creen que la respuesta ante desafíos globales debe ser compartida; y la de quienes creen que la respuesta está en replegarse y protegerse tras las fronteras.

Los Estados siguen siendo el principal agente del derecho internacional. Las fronteras sirven para administrar o adjudicar servicios, prestaciones o derechos, para controlar el tráfico de personas, mercancías, servicios y capitales, regular libertades y su necesario papeleo. Pero no parece que nos sirvan, tan bien como hace una década, para explicarnos quiénes o cómo somos, quiénes son nuestros amigos y quiénes nuestros enemigos, quiénes son los nuestros y quiénes los otros, quiénes formamos ese grupo al que se nos aplica ese reconocimiento de igual dignidad y quiénes quedan fuera.

60. Un ejemplo de esta visión más rupturista que evolutiva en Christoph Menke y Arnd Pollmann, *Filosofía de los derechos humanos*, Herder, 2010.

61. En *La mirada cosmopolita*. Paidós, 2005.

Las fronteras siguen siendo el más importante elemento para definir el alcance de la jurisdicción o, dicho de otra forma, el ejercicio real de la protección y promoción de los derechos humanos y la atribución de sus responsabilidades en caso de vulneración. Es cada Estado quien reconoce y protege los derechos al interior y quien, en gran parte, hace posible el sistema internacional por medio de la ratificación de los tratados o el apoyo político y económico a la ONU. Pero lo cierto es que el sistema internacional de los derechos humanos ha tomado vuelo y ha ganado considerable autonomía frente a la voluntad de los Estados.

En una sociedad contemporánea de gobernanza compleja, con ámbitos políticos diferentes, simultáneos y superpuestos (global, supranacional, estatal y subestatal), ni los aspectos jurídicos ni los políticos ni los morales de los derechos humanos pueden ser entendidos como referidos únicamente a uno solo de esos espacios políticos, como si fuera absoluto y excluyente. En el ámbito de los derechos humanos eso se traduce de múltiples maneras. Cada vez más entidades subestatales asumen obligaciones internacionales en la materia y se presentan ante los órganos de la ONU a dar cuenta de ellas⁶². Cada vez son más las obligaciones extraterritoriales que se imponen a los Estados. Nos hemos familiarizado durante las dos últimas décadas con la aplicación de la jurisdicción universal que, más allá de sus problemas y retrocesos en algunos lugares, tiene como elemento definitorio su capacidad de saltar la jurisdicción estatal clásica.

Los derechos encuentran en el Estado el principal marco de reconocimiento y aplicación, pero no es desde luego el único. Los derechos humanos, como cualquier otro orden de nuestra vida, se mueve en un espacio que es un *continuum* que comienza en lo universal (con crecientes obligaciones) y termina en lo local, pasando por lo estatal o por otras entidades intermedias con competencias importantes en la materia.

En todos estos ámbitos políticos y administrativos del citado *continuum*, sin excluir ninguno, se crea lo público y lo político hoy en día. No caben lecturas extremas: ni la idealista, según la cual la única condición a considerar sería la universal (lo que puede resultar un principio ético impecable, pero de aplicación real muy limitada), ni la localista, según la que sólo los míos (los nacionales, por ejemplo), los que están a un lado de una línea que llamamos frontera, nos deben importar.

Lo mismo cabe decir cuando hablamos de la igualdad asunto que enciende pasiones no siempre bien medidas, dado “el fervor popular que despierta la idea ubicua y talismánica de la igualdad”⁶³. Una igualdad que sólo se reclama entre nacionales, es decir, que se basa en la ciudadanía, que sólo considera el Estado y no otros espacios por fuera o por dentro, no equivale a la igualdad basada en la igual dignidad humana que constituye el fundamento de los derechos humanos.

De esto ya habló Cicerón hace algún tiempo, distinguiendo ciertas obligaciones que nos relacionan con nuestros conciudadanos, de otras que nos obligan

62. En mi experiencia personal, muy interesantes han resultado los casos de Reino Unido, Suiza, Bélgica y Canadá.

63. Antonio Enrique Pérez Luño, Dimensiones de la igualdad, Ed. Dykinson, 2008.

con todos los humanos. Y en el siglo XVI esa idea de comunidad universal, de ecos ciceronianos, con obligaciones y derechos compartidos, fue recuperada por algunos juristas de la Escuela de Salamanca (muy señaladamente por Francisco de Vitoria) e incluso unos años antes por el jurista de la corte de Carlos V, Fortún García de Ercilla⁶⁴.



El jurista bermeano Fortún García de Ercilla

Ni los derechos humanos pueden ignorar la realidad de las fronteras ni sentirse constreñidos –y mucho menos definidos– por ellas ignorando otras realidades al exterior y al interior de las mismas. Otro tanto de lo mismo podría decirse del principio de igualdad.

64. Véase su adelanto de cuestiones que sería luego tratadas por Vitoria: “Hay una compañía y ayuntamiento de todo el género humano en el cual por un parentesco del ánima y del cuerpo, todos los mortales nos ayuntamos y esta es aquella compañía que por ser de natura compañeros y amigables nos es natural a los humanos. De esta compañía nos son comunes muchas cosas por derecho natural de las gentes, así como es el comercio y la contractación libre y voluntaria entre todos los mortales y desta nos viene, aquel mandamiento natural y divino, que hagamos a otro, lo que querríamos que él nos hiciese, y que no hagamos a otro lo que para nos no queremos (...) Estos son los vínculos de la humana compañía con que las gentes son obligados a la paz común, vínculo con el cual todo los humanos estamos atados al género humano por el derecho común de las gentes.” Tratado del duelo y de la guerra, 1528.

TESIS NOVENA o de si los derechos humanos pueden ser sometidos a límites

En la lucha contra la pandemia de la COVID-19 la mayor parte de los Estados han tomado algunas medidas que suponen una limitación de derechos humanos, como el de reunión, por ejemplo. Algunas personas y grupos protestan coreando de la palabra libertad y asegurando que defienden sus derechos humanos. Y es que si los derechos humanos son inalienables e irrenunciables, ¿se pueden o no se pueden limitar? En caso positivo ¿cuándo sabemos si una limitación es legítima y cuándo, por el contrario, una vulneración del derecho? La pregunta se podría formular, de modo más general, de la siguiente manera: ¿son los derechos humanos un absoluto innegociable o un bien que hay que articular en equilibrio con otros intereses y con los derechos de otros?

El artículo 29 de la Declaración Universal dice que “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

De modo que la Declaración acepta que el ejercicio efectivo de los derechos se pueda limitar, pero establece rigurosas condiciones. La doctrina y la jurisprudencia han ordenado tres grandes principios: de legalidad, de legitimidad y de proporcionalidad. Es decir las limitaciones estarán reguladas por ley, buscarán fines legítimos y superiores, y finalmente estarán sometidos a un escrutinio de razonabilidad, proporcionalidad o adecuación al fin que se pretende.

Los tratados internacionales juegan con el mismo principio. Un formulación estándar es, por poner un ejemplo: “la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás”⁶⁵.

Debemos entender que los tratados diferencian con claridad la limitación de derechos (o su restricción) de la suspensión (o derogación) de derechos y les otorgan regímenes muy distintos. Los derechos humanos rara vez se presentan en la práctica como un absoluto innegociable, sino un bien especialmente protegido que hay que aplicar en equilibrio con la realidad y en conflicto a veces con otros derechos igualmente importantes. Las limitaciones o restricciones constituyen un régimen que no es de excepcionalidad sino una manera ordinaria en que hay que aplicarlos en realidades complejas y en conflicto con otros derechos. No requieren, a diferencia de las derogaciones (o suspensiones), de declaraciones de estados de excepción. El derecho español acoge esta distinción cuando diferencia el estado de alarma de los de excepción o sitio.

Estas distinciones entre limitaciones y derogaciones vienen al caso para entender el régimen de limitaciones de movimientos o reunión necesaria en la pan-

65. Art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

demia: una situación que las autoridades han explicado más que razonadamente que presenta conflictos de derechos e intereses. Podemos entender (y así lo han hecho los tribunales españoles) que en este caso se cumplen los principios de legitimidad y proporcionalidad.

De modo que para decretar limitaciones a los derechos humanos es necesario además el tercero de los requisitos: un soporte legal. Sobre esto algunos tribunales discreparon durante las primeras semanas de la llamada segunda ola de la COVID-19 (octubre 2020) y por eso se concluyó que, a efectos de seguridad, era necesaria la declaración del estado de alarma.

Lo importante aquí es entender que ante un conflicto de derechos e intereses el Estado puede e incluso debe limitarlos. Reclamar una libertad sin límites –libertad de no llevar mascarilla o de no someterse a límites de reunión, por ejemplo- no corresponde a un discurso basado en los derechos humanos.

TESIS DÉCIMA o de si la palabra es siempre libre e inocente

La relación entre la libertad de expresión (y de prensa) y el poder político ha sido siempre tensa, pero quizá hoy es más compleja de gestionar en la medida en que las redes sociales entran en juego. Karl Popper anotó en su obra más famosa⁶⁶ aquello de que la tolerancia ilimitada podía conducir a la desaparición de la tolerancia. Hoy la facilidad con la que publicamos y difundimos en redes, muchas veces sin suficiente comprobación o cuidado, puede conllevar importantes riesgos para la libertad y la democracia. Quizá podamos considerarlo una actualización de la paradoja de Popper

La Declaración Universal es nítida al reconocer el “derecho a la libertad de pensamiento” y el “derecho a la libertad de opinión y de expresión”, que incluye a su vez el derecho “de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”. Todo ello es perfectamente aplicable tanto a los medios de comunicación tradicionales como a las redes sociales. Sin embargo las cosas quizá son más complejas según uno se acerca a los casos concretos. Veamos algunos ejemplos.

Tras las elecciones presidenciales del 2020 algunas importantes cadenas de televisión estadounidenses (ABC, CBS y NBC) interrumpieron la transmisión del discurso del presidente Trump por considerar que estaba presentando denuncias de fraude electoral sin fundamento. Los hechos posteriores han demostrado que los medios estaban en lo cierto, pero hacerlo en tiempo real suponía asumir un riesgo importante. Fijese que no se trata de cortar a un ciudadano, sino al presidente de un Estado democrático que hablaba desde su tribuna oficial. Sus declaraciones, aunque fueran falsas, irresponsables y malintencionadas, eran de carácter político, sobre asuntos que corresponden a sus funciones. ¿Deben las televisiones privadas cortar a un presidente legítimo cuando consideren sobre la

66. Nota 4 al Capítulo 7 en *The Open Society and Its Enemies*. Princeton, 1966.

marcha que no dice la verdad? No lo tengo claro. Se trata de un precedente de consecuencias inquietantes.

Había desde luego motivos para considerar que las palabras de Trump no tenían un alcance meramente descriptivo, sino un potencial efecto prescriptivo: podrían ser entendidas –y de hecho lo fueron por quienes tomaron el Capitolio el día de Reyes de 2021– como una llamada a la resistencia civil y a los ciudadanos en armas. No le toca desde luego a la televisión conceder o retirar la legitimidad al presidente, para ello existen los procedimientos constitucionales, ¿deben entonces lavarse las manos y reproducir mentiras con capacidad de movilizar hacia la violencia? A eso le llamo yo un buen dilema.



Ilustración La cuenta Twitter de Trump suspendida

El riesgo potencial se encarnó en la toma del Capitolio. Dada la insistencia del presidente en su delirante e irresponsable actuar, las principales redes sociales decidieron suspender sus cuentas e identidades. La canciller alemana, Angela Merkel, poco sospechosa de simpatizar personal o políticamente con Trump, ha mostrado sus dudas sobre la pertinencia de esta suspensión. Yo también comparto esas dudas: ¿pueden los ejecutivos de empresas privadas tomar estas decisiones que afectan al ejercicio de la expresión y de la comunicación?, ¿en qué condiciones, con qué garantías, con qué soporte legal? No basta con alegar que son empresas privadas, dado que nos guste mucho, poco o nada, les hemos cedido parte importante del tráfico real de la información en el mundo contemporáneo y sus acciones afectan en la práctica a los derechos referidos. ¿Cuál es el equilibrio entre ser canal neutral y ser medio?, ¿cuál es la responsabilidad sobre el contenido en cada uno de los casos? Merkel considera que necesitamos un soporte legal más elaborado para responder a estas preguntas. Yo creo que tiene razón.

Un dilema concomitante: ¿deben las redes sociales -Facebook, Twitter- controlar la veracidad de las locuras negacionistas que vemos compartidas todos los días sobre la COVID-19 y que afectan a la salud pública?, ¿cómo y hasta qué punto?

El historiador Ferdinand Nahimana fue condenado por el Tribunal Internacional para Ruanda por haber alentado directamente los crímenes desde las ondas y con sus artículos. Julius Streicher fue condenado en Nuremberg como editor del periódico *Der Stürmer*. No quiero comparar lo incomparable, sólo afirmar que la palabra, en diferentes grados por supuesto, no siempre es inocente sinónimo de libertad.

Según escribo estas notas Julian Assange afronta muy graves acusaciones penales. Algunos de los principales medios de comunicación europeos (en España, *El País*) y muchas organizaciones de la sociedad civil (Amnistía Internacional) se han posicionado a su favor entendiendo que su actividad debe entenderse como un legítimo ejercicio de la actividad periodística y de la libertad de prensa, especialmente cuando las informaciones difundidas al parecer eran veraces y, al menos en parte importante, de legítimo interés público. Hasta ahí estamos de acuerdo, pero ¿requiere un análisis del caso basado en los derechos humanos de alguna consideración adicional sobre la forma legal o ilegal de obtener la información?, ¿se pueden publicar documentos sin considerar sus potenciales consecuencias para la seguridad de terceros o para la seguridad nacional?

La jueza de distrito de Westminster Vanessa Baraitser ha denegado la extradición a los Estados Unidos, pero haríamos mal en considerar esto como un reconocimiento de los argumentos de sus abogados o como una aceptación de las posiciones defendidas por las organizaciones y medios que defienden al acusado. De hecho la sentencia de 131 páginas publicada el 4 de enero de 2021 va denegando una por una todas las alegaciones basadas en el derecho de expresión o en los derechos de un juicio justo. Igualmente rechaza la idea que las acusaciones no pudieran ser objeto de reproche penal en el Reino Unido y este es un punto clave: estas acusaciones ni son *per se* contrarias a derecho ni demostración inequívoca de una persecución política, sino que se sostienen sobre elementos que podrían – de demostrarse- constituir delito en cualquier democracia basado en el Estado de derecho. La denegación de la extradición se basa en consideraciones médicas, de salud mental, sobre el autocontrol del acusado y su riesgo de suicidio, lo que supone una argumentación que abre quizá más problemas que los que pretende cerrar.

No me parece que podamos resolver ninguno de los dilemas presentados en este punto con una simple remisión a una sola frase de la Declaración que dice “todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión”.

Hacemos bien, desde luego, en considerar cualquier limitación o control sobre la información con prevención, como algo por principio sospechoso que estudiar con cautela. Nos gustaría creer, además, que la solución a estos casos está en el buen juicio de casa cual, en el autocontrol de los medios y en la responsabilidad del ciudadano cuando actúa en redes o consume información. Por desgracia esto quizá no sea suficiente. Debemos guardar difíciles y sutilísimos equilibrios entre libertades y derechos en conflicto.

No en vano el artículo 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos advierte de que el derecho a la libertad de expresión “entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones”. Estudiar este artículo 19 al final de todo el recorrido que hemos compartido, nos permite revisar algunas de las ideas tratadas. Sabemos que, si queremos respetar lo que hemos denominado gramática de los derechos humanos, no podemos leer este artículo 19 como si sólo dijera que “toda persona tiene derecho a la libertad de expresión”, aun cuando nos parezca que así defendamos mejor toda la potencia del derecho. El caso es que este artículo 19 nos habla también de limitaciones y de deberes, así como de las condiciones restrictivas en que esas limitaciones podrían ser ejercidas. También reconoce, para terminar, la necesidad de tomar medidas para “asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” y “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

Ignorar todos estos contenidos adicionales a la simple enumeración del derecho o ignorar el resto de normas gramaticales de los derechos humanos sería, si lo que hemos defendido en este artículo tiene sentido, hacer un flaco favor a una verdadera cultura de los derechos humanos.

Conclusión

Terminamos el recorrido quizá con más preguntas que respuestas. No es malo.

Mucho antes de que se hablara del enfoque sistémico del estudio del derecho ya había llegado Juan Luis Vives a consideraciones muy similares: “pues es origen y cultivo de innumerables disputas el seguir la ley no sólo frase por frase o palabra por palabra, sino también sílaba por sílaba y letra por letra, como hacen algunos, y el querer aferrarse a ella con los dientes; en vez de eso deberían mejor recurrir a la senda de las leyes: la norma, la razón, el concepto, el sentido, el espíritu, el ánimo, y sobre todo la vida, lo que es en resumidas cuentas lo justo y lo bueno”⁶⁷.

En este artículo hemos defendido que la narración estándar, esa que presenta los derechos humanos como una enumeración de instituciones, tratados y derechos, es necesaria pero que si nos limitamos a ella corremos algunos riesgos. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos no trata tanto de “aferrarse con los dientes” un catálogo canónico que citar “frase por frase o palabra por palabra”, como de la comprensión profunda de un sistema complejo y vivo, con limitaciones y conflictos que gestionar para la búsqueda de “lo justo y lo bueno”.

He empleado el símil de las lenguas para ilustrar el hecho de que el respeto a la cultura de los derechos humanos no se encuentra en la lectura sus normas aisladamente consideradas, sino en la gramática que las relaciona y las hace funcionar en la práctica.

67. Aedes Legum, 1525. Cito la traducción (El Templo de las Leyes) de Juan Francisco Alcina para Planeta, 1988.

Con las mismas piedras podemos construir un acueducto que permanezca útil y elegante dos milenios o, si no somos tan duchos como los ingenieros romanos, un torpe arco que colapsa en cuanto quitamos los andamios. Así con las mismas normas de derechos humanos podremos construir, si sabemos manejarlas con respeto, sólidos edificios jurídicos que nos protejan y puentes que nos unan. Pero si las forzamos nos arriesgamos a elevar muros que nos separen o construcciones que tempranamente terminen en ruinas que nos entierran bajo el insoportable peso de la incontestable y obstinada solidez de cada una de sus piezas.

No se trata por tanto solo de conocer el mapa plano de nuestros derechos, sino también de integrarlos en nuestra realidad tridimensional y compleja, junto a los derechos y necesidades de otros, frente a los intereses colectivos y frente a las limitaciones de todo tipo. Necesitamos de una buena gramática para entender eso que llamamos cultura de los derechos humanos.