

TEMAS PARA UN DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SIGLO XXI

XIMENA GAUCHE MARCHETT
Universidad de Concepción

I. IDEAS PRELIMINARES SOBRE EL ESTADO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SIGLO XX

Tradicionalmente el derecho internacional tuvo dos actores principales, los Estados y los organismos internacionales, y sólo se ocupó de los individuos en su consideración de *extranjeros* y en relación a salvaguardar el llamado estándar mínimo que debía ser respetado por el Estado del cual no se es nacional, sin perjuicio de algunas normas protectoras de principios del siglo XX, tras la 1ª Guerra Mundial.

Es la 2ª Guerra Mundial y su secuela de atrocidades, entre otros fenómenos surgidos durante la segunda mitad del siglo XX, la que logra que el individuo comience a jugar un rol relevante como actor de la sociedad internacional.

El derecho internacional entonces se *humaniza*, naciendo así el llamado Sistema de Derecho Internacional de Protección de los Derechos Humanos, integrado hoy por normas convencionales, consuetudinarias y principios generales de derecho y que tiene dos vertientes principales: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. No debe olvidarse que son las personas las que están en la base de los Estados; para su organización política es que estos se crean. Es decir la dignidad humana como valor esencial y su protección ya no es sólo tarea interna y privativa de los Estados, sino que de toda la comunidad, porque sin duda las transgresiones no sólo ocurren en el seno de grupos privados, sino porque a veces son los mismos Estados quienes no protegen a sus nacionales y de ellos emana la transgresión. Basta pensar en ideologías totalitarias que limitan y hasta anulan los derechos individuales de las personas. Asimismo, otros fenómenos contemporáneos, que no necesariamente son negativos pueden afectar los derechos en su esencia. Ejemplo de estos fenómenos son el proceso de descolonización ocurrido progresivamente tras

la década de 1950 e impulsado por Naciones Unidas; el creciente desarrollo de la ciencia y la tecnología y sus aplicaciones; la explosión de los medios de transportes y la circulación de la información; entre otros.

El tema de los derechos humanos se ha tornado entonces de jurisdicción compartida entre los ordenamientos propios de cada Estado y aquel que regula la convivencia de la comunidad internacional.

Consecuente con eso entonces ha operado un avance creciente de mecanismos a través de los cuales se busca esta salvaguardia de derechos fundamentales.

Hoy se considera a la persona humana como titular de derechos subjetivos en el derecho internacional. En otras palabras, el individuo ha pasado a ser sujeto de derecho internacional al lado de los tradicionales sujetos: los Estados y los organismos internacionales.

El desarrollo del concepto de normas de *ius cogens*, entendidas como aquellas de orden público internacional y que no pueden ser dejadas sin efecto sino por otra que tenga el mismo carácter, como el no uso de la fuerza o de la amenaza del uso de la fuerza en las relaciones internacionales (que tiene dos excepciones aceptadas, la legítima defensa del artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas y las medidas que pueda adoptar el Consejo de Seguridad de la Organización) ha sido un importante avance en orden a la protección del ser humano.

Pero sin duda que ha sido el fuerte desarrollo institucional, esto es, la creación explosiva de organismos, partiendo del principal, esto es, la Organización de Naciones Unidas, surgida hacia 1945, y de múltiples organismos especializados en el área, como son la Comisión de Derechos Humanos, dependiente del Consejo Económico y Social, o el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, dependiente de la Asamblea General y surgido tras la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena, Austria, en junio de 1993, lo que ha dado lugar a los fuertes avances de la disciplina y han mantenido el tema como uno principal en la agenda internacional.

Del mismo modo, la aprobación de actas y declaraciones, como la *Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948*, que sería el primer catálogo de derechos fundamentales con vocación universal o la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* en el plano regional pero que ya unos meses antes se orienta en el mismo sentido han dado pie para un fuerte desarrollo normativo que se ha traducido en la adopción de tratados, o sea, acuerdos vinculantes para los Estados, tales como el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* o el *Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, ambos de 1966, todos con una vocación universalmente vinculante, sus respectivos Protocolos Facultativos y una serie de tratados sobre cuestio-

nes específicas.

La evolución también lo ha sido desde la búsqueda de protección internacional no sólo de los derechos que se han dado en llamar derechos de primera generación, que son aquellos llamados derechos civiles y políticos, tales como la libertad en sus distintas manifestaciones; sino también de los de segunda generación, que corresponde a los derechos sociales, económicos y culturales, tales como el derecho a la educación y a la salud; y los de tercera y hasta de cuarta generación, categorías que se encuentran en desarrollo y se refieren a los derechos de los pueblos o derechos de la solidaridad, tales como el derecho a vivir en un régimen democrático, al desarrollo, a la integración, a vivir en un medio libre de contaminación, a la asistencia humanitaria, etc. Todo ello sobre la premisa de que el respeto de estos últimos sirve a su vez de garantía para el cumplimiento de los primeros considerados más tradicionales.

Otro intento de perfeccionamiento que debe ser destacado es la búsqueda de mecanismos que eventualmente permitan al ser humano, ante una definitiva indefensión interna, recurrir personalmente ante algún tribunal internacional en reclamo del respeto a un justo derecho y la aplicación de una también justa sanción. Si bien hay que recalcar la debilidad en crear los mecanismos de obligatoriedad necesarios y que la supranacionalidad que permitiría una ayuda en esta parte se ve aún lejana para algunos sectores como el americano.

También se ha avanzado en lo tocante a la titularidad de los derechos ya que paulatinamente se han ido determinando los grupos más vulnerables. Así, niños, mujeres, pueblos indígenas, discapacitados, emigrantes, refugiados, entre otros, han ido haciéndose partícipes de una cierta protección especial que pretende integrarlos en los sistemas protectores y promotores de los derechos humanos especialmente para aquellos Estados que tradicionalmente y por diversas razones han quedado al margen de ellos.

Digamos finalmente y a modo de primera conclusión, que este esfuerzo que ha sido primero universal, se ha traspasado a los márgenes regionales y ya no sólo existe un sistema internacional de respeto, promoción y protección sino también existe al interior de Europa, de América, de África y al interior de los países árabes e independientes. Tal vez sea aquí el momento de destacar que quizás por los largos años de civilización, desarrollo y evolución que separan Europa de los otros continentes, ha sido el sistema europeo el que mejor ha cumplido el objetivo propuesto. Creemos en la idea de que esto se debe en buena parte a que los sistemas de promoción y protección internos han sido en términos generales, sin duda, más efectivos que los internos de países de otros continentes. Así las cosas y al menos en la teoría, el europeo aparece como el único sistema con instancias jurís-

dicionales adecuadas, principalmente después de la entrada en vigencia en 1998 del *Protocolo de Enmienda XI al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, que vino a suplir las principales deficiencias del sistema europeo. En efecto, en la actualidad el único órgano competente para conocer violaciones de derechos humanos con jurisdicción obligatoria es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos quien puede conocer demandas de Estados como de particulares. Desapareció entonces la gran falla que presentaba el sistema desde su entrada en vigencia en 1953 al dejar a un órgano político como era el Comité de Ministros, competencia para conocer de violaciones a los derechos humanos cometidas por los propios Estados.

II. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR SOBRE UN NUEVO DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SIGLO XXI

Con lo señalado hasta aquí surge de inmediato una sensación de cierto “triumfalismo” —si se puede utilizar esta palabra— en el sentido de que los Estados han tomado conciencia de que es la persona humana su principal valor y, en definitiva, no pueden ser ellos los que transgredan sus derechos esenciales ni pueden permitir estas violaciones por parte de otros Estados o por parte de individuos o grupos particulares, debiendo establecer a nivel internacional los adecuados mecanismos de promoción y protección.

Sin embargo el escenario que hoy enfrenta el mundo no es el mismo que vio surgir las grandes declaraciones de derechos humanos o la enorme cantidad de tratados sobre la materia.

En efecto, si observamos con detención los sucesos históricos de los últimos cincuenta años hasta el 11 de septiembre de 2001, podemos fácilmente concluir que el mundo que estamos viviendo en estos comienzos del siglo XXI, está marcado fuertemente por varios fenómenos que afectan o por lo menos cuestionan los derechos humanos en su esencia y su regulación por el derecho internacional. En este sentido nos enfrentamos a la globalización, la diversidad cultural y un renovado terrorismo que parece querer fundarse en ella y las investigaciones científicas en genética, por sólo citar los principales.

1. *La globalización y sus efectos principalmente en los derechos de segunda generación*

La *globalización* es uno de los fenómenos contemporáneos más estudiado por los autores de todas las disciplinas. Pero no es un fenómeno nuevo ya que si analizamos la historia vemos que la idea de un Imperio Romano o los propósitos expansivos de la Conquista Española, por ejemplo, no eran más que ideas globalizadoras. Claro que globalizadoras en un sentido diverso al actual.

Tras la caída del Muro de Berlín y la desintegración de la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas se ha producido un clima mundial globalizador distinto, cuyos ejes principales parecen ser los aspectos económicos, aunque comporta consecuencias y cambios evidentes también en los planos políticos, jurídicos, sociales y culturales. En efecto, la globalización es hoy más económica y tecnológica que las pasadas.

Hemos dicho que los principales actores de la comunidad internacional son los Estados y los tradicionales organismos internacionales. Sin embargo, entre los que algunos autores llaman actores de facto del derecho internacional, debemos necesariamente referirnos a los organismos transnacionales o multinacionales para indicar a aquellos de orden económico, que se implantan en varios países para aprovechar recursos naturales y explotar varios mercados a través de la colocación adecuada de sus mercaderías.

Las transnacionales son un fenómeno de corte americanista surgido tras la Segunda Guerra Mundial primeramente para obviar barreras arancelarias. Sin embargo, tras una evolución de los conceptos iniciales, hoy se usan también para aprovechar mano de obra y materias primas más baratas, estar cerca de los mercados, diversificando el capital como manera de aminorar los riesgos y asegurar un mayor crecimiento. Surgen principalmente en los Estados Unidos, Japón y la Unión Europea y se caracterizan por dos rasgos esenciales: su gran tamaño y su proyección geográfica entre Estados.

La existencia de multinacionales es criticada por los países menos desarrollados por cuanto a través del dominio de mercados que logran influyen fuertemente en las decisiones políticas y económicas de Estados-nación que cada vez se ven más influenciados y menos autónomos en ámbitos que tradicionalmente eran exclusivos. Como bien indica María José Fariñas Dulce “...los nuevos sujetos de las decisiones y de las contrataciones económico financieras globales son las empresas transnacionales, que representan a un capital productivo y financiero “global”, difuso, “sin nombre” y sin identidad nacional, pero cada vez más fuerte e incontrolado (cada vez más desinstitucionalizado), y que imponen –aún por encima de las decisiones sociales democráticamente negociadas de los Estados– aquellos modelos de regulación socioeconómica, que más ventajosos les resultan para sus propios y particulares intereses económicos”¹.

¹ FARIÑAS DULCE, María José, *Globalización, Ciudadanía y Derechos Humanos*, en Colección Cuadernos “Bartolomé de Las Casas”, N° 16, año 2000, España, p.14.

Así las cosas y ante la realidad actual, los Estados necesitan vincularse con las corporaciones transnacionales para lograr los beneficios a que cada uno por su lado aspira.

Las multinacionales necesitan las estructuras estatales para desarrollar dentro de ellas sus políticas de aprovechamiento de mercados con bajos costos de producción y requieren los escenarios estatales para lograr su beneficio, a través del depósito de sus medios de producción en aquellos lugares en que no sólo obtengan un menor costo de producción sino que además cuenten con un marco legal regulador adecuado a sus intereses, que implique la garantía de no contar con figuras penales para delitos ecológicos o estrictas leyes laborales o, para el caso que existan, que no sean más que declaraciones de principios acompañadas de las herramientas adecuadas en derecho, tales como plazos de prescripción o caducidad, por ejemplo, que logren su ineficacia práctica junto a una gravación impositiva mínima o inexistente.

Ahora bien, los Estados que se encuentran en vías de desarrollo tienen como interés primordial asegurar a sus nacionales un nivel mínimo de empleo y condiciones dignas de trabajo, o sea, garantizar parte de los derechos sociales a que todo individuo aspira y que han comprometido en acuerdos internacionalmente vinculantes.

De esta manera y frente a estos intereses en juego, no les queda más que ceder ante el beneficio de las multinacionales y reacondicionar tanto sus ordenamientos como sus estructuras de administración del poder y organización de la sociedad ya que, al menos en teoría, se puede lograr trabajo con una adecuada inversión de capitales extranjeros.

Ahora bien, producto de esta adaptación al sistema económico internacional, le corresponde a la sociedad civil y a los propios individuos ocupar los lugares abandonados por el Estado: esto es, si el Estado no puede por sí mismo regular el proceso globalizador, instituciones civiles como las Organizaciones No Gubernamentales, también actores de facto, deben tratar de controlarlo, denunciando las violaciones que se llevan a cabo y supliendo la ausencia estatal en materia de reconocimiento, tutela y promoción de derechos, principalmente de los de segunda generación, ya de por sí minimizados.

La situación es más grave aún en los países que aspiran a ser un Estado social de derecho y para aquellos que además dependen seriamente de las pretensiones de organismos como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo o el G-7.

Los Estados del primer mundo que se autoproclaman como democracias, tratan de disimular el accionar de las transnacionales promoviendo lo que llaman una *cultura de los Derechos Humanos*, preocupándose de enviar sendos discursos en conferencias y cumbres, pero en la realidad se trata

sólo de una cultura individual de los Derechos Humanos que promueve antes que todo los derechos individuales sobre los sociales o reivindicativos, es decir, una cultura de los Derechos Humanos que se basa en los únicos valores catalogados de supremos: la propiedad privada y la libertad.

Así las cosas la brecha que existe entre países y a su vez la que existe entre pobres y ricos crece y se acentúan las diferencias económicas, sociales, políticas y culturales. Aún más, la política de sobreexplotación del empleo barato genera problemas y competencias dentro de la propia clase social de los trabajadores de menos ingresos y con menos calificación, produciendo un problema social anexo al de la pobreza y creando una nueva brecha, pero esta vez dentro de un grupo que tradicionalmente fue unificado, impulsando con fuerza reivindicaciones, por ejemplo, en cuanto a autonomía regional, representación política y sindical, derechos lingüísticos, reclamaciones territoriales, adecuadas políticas de inmigración, etc; y poniendo en jaque desde el punto de vista de los derechos de segunda generación la tan proclamada universalidad de los mismos. “Una importante contradicción del proceso de globalización en relación a los gobiernos y a la política económica es la siguiente: aunque todo el mundo es claramente consciente de las ventajas y beneficios del proceso de globalización, en términos de mayor crecimiento global y mayores rentas en su conjunto, sin embargo también se reconoce que tiene una serie de costes, en términos de exclusión, de algunos países en desarrollo que se pueden quedar descolgados y de desempleo o salarios más bajos para determinados grupos de población de los países desarrollados, especialmente de aquellos que ya se encuentran en una situación de inferioridad por su baja formación y cualificación”².

En todo caso, la globalización es mucho más que estas implicancias económicas; aspira a homogeneizar a la sociedad internacional también en aspectos culturales, sociales, políticos y jurídicos y desde este punto de vista no puede estimarse como absolutamente nociva. Por ejemplo, una parte de Europa es un reflejo de la globalización integral de que hablamos y no se podría describir mejor que como un fenómeno de cesiones políticas, culturales, jurídicas y económicas que ha tenido consecuencia positivas visibles en la población. Los Estados pierden parte de su soberanía para entregarla a órganos que están por sobre ellos. “La UE. en un período de tiempo notablemente corto, ha llevado a Europa desde la confusión de la era posterior a la II Guerra Mundial a un mundo en que la soberanía es compartida en un número creciente de áreas de interés común”³.

² DE LA DEHESA, Guillermo, *Comprender la Globalización* (Madrid, Alianza Editorial, 2000), p. 123.

³ HELD, David, *¿Hay que regular la globalización? La reinención de la política*, en *Claves de Razón Práctica* N° 99 (enero - febrero 2000), p. 8.

Se puede decir entonces que siendo un proceso que básicamente es económico y de ahí toma su origen, desprende efectos y consecuencias en otros planos de la vida de los Estados-nación y en ese sentido sin duda es pluridimensional, con enormes costos sociales y políticos en cuya regulación debe intervenir el derecho bajo el riesgo de que los titulares de derechos en los países con menos recursos se alejen cada vez más de una mejor calidad de vida.

Frente a esta necesaria intervención jurídica surge la siguiente consideración: siendo las transnacionales los principales actores del sistema económico global y quienes producen los efectos antes descritos, debe dárseles algún marco regulatorio y en este sentido es posible detectar que tanto los derechos internos como el internacional son insuficientes. En efecto, por su especial estructura no pueden ser sometidas a un solo derecho interno y, cuando llegan a serlo, como hemos señalado, escapan de ese ordenamiento en busca de una legislación más proclive a sus intereses o de gobiernos dispuestos a pelear por los cambios que le sean favorables. El derecho internacional actual en tanto, carente de adecuados mecanismos de coerción, también se muestra débil en cuanto a dar esta necesaria regulación. Sin embargo, creemos que el desarrollo adecuado de instituciones supraestatales, como lo pretendido por la Unión Europea, podría servir para revertir o, al menos, aminorar nocivos efectos en los derechos fundamentales⁴.

2. *La diversidad cultural y el terrorismo*

“Muchos de los conflictos mayores del mundo de nuestros días son la consecuencia de relaciones interraciales deterioradas, de fricciones de grupo, de odio grupal, de la discriminación de que se hace objeto a minorías, del desconocimiento de las aspiraciones colectivas de los grupos religiosos, étnicos o culturales, o de los derechos de sus miembros individuales”⁵.

Vivimos en una sociedad multicultural y pluralista y en que se acentúan cada vez más las diferencias de las minorías, sean políticas, religiosas, económicas o de otro orden, lo que sin duda es un rasgo que juega a la par con

⁴ En este sentido resulta interesante estudiar las ideas del profesor portugués Boaventura de Sousa Santos quien se refiere a los tres espacios y tiempos en que se desarrolla el derecho: el local, el nacional y el transnacional en su obra *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación* (traducción de César Rodríguez; Editorial ILSA, Primera Edición, Bogotá, 1998).

⁵ LERNER, Natan, *Minoría y grupos en el Derecho internacional. Derechos y discriminación* (Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1992), p.13.

la pretendida dimensión homogenizadora de la globalización. Este es un fenómeno que marca la comunidad internacional del siglo XXI, pero sobre el cual parece no haber todavía una conciencia clara, lo que sumado a las ventajas y desventajas del sistema económico globalizado, nos permite ver una revitalización del terrorismo en razón del resurgimiento con fuerza de ideologías fundamentalistas, xenófobas y discriminatorias.

Digamos que el derecho internacional de los derechos humanos, cuyo auge comienza como hemos señalado en el año 1948, no ha tomado real conciencia de la existencia de las diferencias entre grupos o asentamientos humanos. En efecto, tal vez por un deseo de marcar el término de tanta atrocidad y el inicio de una nueva etapa, que garantizara que jamás volverían a ocurrir violaciones de tamaño magnitud a las ocurridas durante la Segunda Guerra Mundial, las Naciones Unidas no hizo referencia expresa a las minorías en su Declaración del año 1948 sino que se preocupó de consagrar la universalidad de los derechos humanos como una sentida aspiración de los pueblos y naciones del mundo.

Además, Naciones Unidas no consideró conveniente ampliar su protección a las minorías por estimarlo tema irrelevante. Basta recordar la conocida opinión de doña Eleanor Roosevelt, representante de los Estados Unidos en la Comisión de Derechos Humanos, en orden a que el tema de las minorías era uno propio del plano europeo que no ameritaba una preocupación en el marco universal. Este argumento, sumado a la idea de que el respeto a las disposiciones de no discriminación harían innecesaria normas especiales sobre minorías, crearon una primera conciencia reacia a la adopción de preceptos especiales.

Recordemos que en la propuesta de redactar un documento de protección de derechos humanos iba implícita la idea de implementar a nivel mundial los principios iusnaturalistas de los tres grandes participantes del proceso de redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Estados Unidos, Francia y Gran Bretaña y ni en su postulado ni en su práctica los derechos de las minorías aparecían como un discurso defendible.

La posición de los países socialistas relativa a la inclusión de los derechos de las minorías y los reclamos de países africanos por la discriminación imperante en ellos, no recibieron acogida y en definitiva en el texto no se contemplaron los derechos de las minorías nacionales, resultando así que la Declaración que fue llamada Universal no resultó más que en el reflejo de la cultura europeo-occidental. Incluso más, en el proceso de elaboración intervinieron activamente, como parte del Comité de Redacción representantes de China y del Líbano, con cuyos aportes se incorporaron algunas ideas del confucianismo o del islamismo pero no fueron voces suficientemente representativas ya que ambos habían sido educados a la ma-

nera de occidente.⁶⁷

Así entonces una primera aproximación nos parece indicar que en el plano del derecho internacional los derechos humanos se hacen aparecer desde siempre con el rasgo de su *universalidad*, característica con la cual se ha querido significar que la protección de los derechos humanos y sus violaciones y castigos son un tema que trasciende el dominio reservado de los Estados, siendo temáticas que preocupan a toda la humanidad, sin distinguir consideraciones de raza, sexo, idioma, religión u otras.

Sin embargo, a más de cincuenta años de la aprobación de la Declaración Universal, se puede criticar duramente este principio, al menos en su formulación primitiva, por cuanto fenómenos como los que hoy observamos en Asia Central, entre otros enfrentamientos entre grupos fundados en razones distintas (sin ir más lejos el caso colombiano es un claro ejemplo), nos demuestran que no es posible hablar de derechos universales en el sentido tradicional.

Un argumento que actualmente ha cobrado importancia contra la universalidad es el de tipo político, con base en la idea del relativismo cultural. Esta idea hace referencia a la realidad de que cada sociedad a lo largo de la historia forma su propia institucionalidad y ninguna puede estimarse mejor o más valiosa que otra ya, que en su germen son todas esencialmente distintas. Defendiendo este concepto es que los contrarios al universalismo indican que con él se trata de esconder el ánimo de algunos por suprimir estas particularidades tan, propias de cada pueblo.

Pero el relativismo cultural encuentra una fuerte limitante como concepción que logre imponerse toda vez que muchas veces y es un hecho fácil de constatar en el contexto mundial, en defensa de estas particularidades de cada pueblo, se transgreden derechos esenciales que bajo ningún punto de vista pueden estimarse susceptibles de ser violados. Frente a estas actitudes, la comunidad y los pueblos no pueden mostrar indiferencia. No se trata de imponer modelos que mayoritariamente hayan sido evaluados como buenos por la comunidad, sino simplemente entender que más allá de diferencias histórico culturales, de formación y génesis de los Estados, y de aporte al desarrollo de la civilización humana, hay un substrato básico en cada grupo humano que se constituye como Estado, el grupo de hombres y

⁶ Para un estudio sobre la Declaración Universal de los Derechos Humanos véase Parte I, Sección 2, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos Cuarenta Años Después*, en CASSESE, Antonio, *Los Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo* (Primera reimpresión, Ariel, Barcelona, Ariel, 1993).

⁷ El Comité de Redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos estuvo integrado por un representante de cada uno de los siguientes ocho países: Australia, Chile, China, Estados Unidos, Francia, Líbano, Reino Unido y la Unión Soviética.

mujeres que lo forman y que, en esencia, son todos iguales. Existiría un *núcleo duro* de derechos humanos que no podría ser transado para permitir un *todo vale* cuando se trata de preservar una cultura.

En este escenario, el derecho internacional debe avanzar hacia este nuevo derecho internacional con énfasis en la protección de los derechos humanos de las minorías y de las diferencias, asumiendo el convencimiento claro de que con ello se contribuirá al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

Si bien en 1992 se adopta la *Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a minorías nacionales, étnicas, religiosas o lingüísticas* y se comienza un proceso de adopción de tratados, declaraciones y cláusulas, basadas en el principio de la no discriminación y de creación de organismos y mecanismos necesarios para completar un sistema internacional de protección de los derechos humanos en claro crecimiento, proceso en el cual cooperan fuertemente otros órganos del sistema o familia de Naciones Unidas, principalmente la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y la Organización Internacional del Trabajo, la labor no ha sido suficiente y ello quedó claramente demostrado en la Conferencia de Viena de 1993 cuando los principales grupos minoritarios reivindicaron para sí un derecho al desarrollo en base a sus propios derechos como grupos diferentes, a través de las declaraciones surgidas de los encuentros regionales preparatorios en África y en Asia.

En la *Declaración de Túnez*, aprobada en noviembre de 1992, los Estados africanos reconocieron el carácter universal de los derechos humanos como uno indiscutible, agregando en todo caso que «no puede prescribirse un modelo determinado a nivel universal ya que no pueden desatenderse las realidades históricas y culturales de cada nación y las tradiciones, normas y valores de cada pueblo».

De su lado, los Estados asiáticos sostuvieron en la *Declaración de Bangkok*, aprobada en abril de 1993, que si bien los derechos humanos son de carácter universal, «deben considerarse en el contexto de un proceso dinámico y evolutivo de fijación de normas internacionales, teniendo presente la importancia de las particularidades nacionales y regionales y los diversos antecedentes históricos, culturales y religiosos».

En la *Declaración de El Cairo sobre los Derechos Humanos en el Islam*, aprobada en agosto de 1990 por la Conferencia Islámica de Ministros de Relaciones Exteriores con la participación de 51 Estados, y en la Resolución adoptada el 29 de abril de 1993 en la XXI Conferencia Islámica se establece que todos los derechos reconocidos están sometidos a la Ley islámica, con lo que resulta evidente que se da prevalencia al relativismo cultural por sobre la *universalidad* de los derechos humanos.

En este marco de controversias, en la Declaración de Viena de 1993 se quiso acoger las diferencias pero en consonancia con el principio de la uni-

versalidad, de manera de que las particularidades no se usen como justificación a ciertos atropellos graves. Dice la Parte I de la *Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos*: “...*todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos de forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales*”.

La creación del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Grupo de Trabajo de Minorías han sido pilares sólidos para el desarrollo de un particularismo creciente frente a la vocación universalista del organismo internacional.

De modo entonces que es posible afirmar con meridiana certeza que la internacionalización de los derechos humanos que promueve Naciones Unidas está marcada hoy en día por la búsqueda de protección internacional de la determinación de los grupos más vulnerables en compatibilización con la idea clásica de la universalidad de los derechos humanos pero que estos esfuerzos no han sido suficientes.

Y sobre este tema quisiéramos dejar establecido que, como ha sostenido la mayor parte de la doctrina internacionalista, la universalidad no debe confundirse con uniformidad. El tema pasa porque se logren conciliar los rasgos que son base esencial y común a todos los seres humanos, que conformarían lo que se ha dado en llamar el *núcleo duro de los derechos humanos*, con las diferencias propias de cada cultura y la identidad particular que cada individuo busca para sí. Se trata de preservar la *dignidad* de todo ser humano.

En efecto, es posible que el entorno en que se han gestado los derechos humanos y su ideal de universalidad sea el de los países occidentales pero, como lo ha señalado Amnistía Internacional en su Informe de 1998, “*el carácter sagrado de la vida, la dignidad humana y la importancia de la justicia son temas recurrentes en todas las culturas y en todas las tradiciones filosóficas y religiosas*”.

Nos parece aquí interesante la postura que se plantea desde la antropología y que el derecho internacional puede recoger efectivamente en orden a establecer un universalismo transcultural, o sea, un universalismo desde y a través de las diferencias, es decir, fundado en el diálogo entre culturas, fundado en la idea de identidad y que no pueda significar jamás una desigualdad⁸.

⁸ Véase Parte I, *El Laberinto de las Diferencias*, en GÓMEZ GARCÍA, Pedro (coord.), *Las Ilusiones de la Identidad* (Madrid, Cátedra, 2000).

El derecho internacional debe asumir la paradoja de la vida de que somos iguales pero a la vez diferentes. Compartimos todos los seres humanos una cierta identidad que nos permite acuñar el término humanidad: todos estamos sometidos a las mismas amenazas mortales, tenemos una unidad genética como especie y todos habitamos un mismo planeta, pero a la vez todos buscamos un rasgo que nos diferencia de ese otro al que no consideramos «tan igual», y ahí afirmamos nuestra reivindicación en la etnia, la religión, la lengua, etc.

Hemos visto en los últimos años cómo se han enfrentado hutus y tutsis, hablando una misma lengua; o serbios, croatas y bosnios, todos con el mismo rasgo común y reivindicando su identidad particular a través de otra característica; el norte y centro de España azotado por el terror que se basa en la autonomía que pretende el pueblo vasco y vemos con horror cómo un grupo de musulmanes fundamentalistas pretenden dar al Corán, libro sagrado de la fe islámica, una interpretación que quiere hacer creer al pueblo de esa fe que su religión los hace diferentes y mejores y que deben estar en guerra con el resto del mundo.

El Corán no sólo es un libro religioso, también es el que establece el sistema político, social, económico y jurídico para el mundo islámico y en base a él es que se establece la Sharia o legislación propiamente tal, pero sus preceptos deben ser interpretados armónicamente y no de forma aislada. En esta perspectiva, no resulta por ejemplo admisible que se acepten prácticas que, fundándose en el respeto a una cultura diferente, dejen a la mujer en una condición de inferioridad extrema, relegada casi al nivel de un objeto y no de sujeto de derecho ni que se practiquen castigos o penas corporales que atentan contra la integridad física y síquica de las personas.

El fundamentalismo que hemos visto desarrollarse desde la Revolución en Irán de 1979 pretende entonces esta interpretación literal del Corán y rechaza a todo el que no sea musulmán, viéndose a sí mismo como los salvadores de la sociedad, recurriendo a un terrorismo que es a todas luces incompatible con la teoría de los derechos humanos y el derecho internacional.

Recordemos que según la doctrina, la finalidad primordial del terrorismo “es perturbar el orden, atemorizar a la sociedad o a ciertos grupos, o realizar venganzas o represalias para desintegrar el régimen político o social imperante”⁹ y que este puede revertir variadas formas ya que las conductas de esta naturaleza pueden provenir directamente de los detentadores del

⁹ GOLDSTEIN, Raúl, *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*, p. 626, citado por MOLINA GUAITA, Hernán, *Derecho Constitucional* (2ª edición, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, 1993).

poder político o bien de grupos organizados y que se encuentran fuera de la estructura estatal. En otras palabras, existe el terrorismo de izquierda, de derecha, del sector público y del sector privado y no siempre es el mismo fin el que se persigue. Puede ser derrocar un gobierno autoritario y dictatorial o simplemente tratar de ejecutar ideologías utópicas que no han sido consideradas por la mayoría de la población como válidas para la comunidad.

Desde luego al involucrar violencia física y, porqué no decirlo, psíquica, atenta contra los derechos más fundamentales, en el sentido de esenciales y supuestos además para el goce y ejercicio de otros derechos, como son la vida y la integridad humana en todos sus aspectos. Es importante acotar aquí que los derechos violados o amenazados no son sólo los de los contrarios al terrorismo o de aquellos a quienes éste ataca, sino que lo son también de los propios terroristas. Asimismo la lucha que se produce contra el terrorismo genera no sólo bajas humanas sino también económicas, y estas pérdidas económicas que principalmente afectan al poder estatal cuando este es legítimo y enfrenta al terrorismo, redundan en pérdidas de recursos fiscales con las consiguientes consecuencias de endeudamiento externo y restricción de las políticas públicas de gastos y, cuando esto afecta sectores especialmente sensibles, como salud, educación o vivienda, se vulneran sentidos derechos que normalmente se han constituidos como fundamentales en los ordenamientos internos.

A través de actos terroristas se formula una clara transgresión a derechos fundamentales como son la libertad personal, en sus distintas manifestaciones; libertad de desplazamiento, libertad para profesar un culto o una idea política (el temor generalizado que producen las conductas terroristas lleva a los sujetos a autoimponerse fuertes restricciones), etc.; atenta contra la seguridad de los ciudadanos y del Estado, pudiendo afectar incluso su imagen ante la comunidad internacional, lo que hoy es particularmente importante desde una perspectiva económica en razón del mundo globalizado e integrado en que vivimos. Una pérdida o disminución de la credibilidad o de la imagen externa del Estado puede generar actitudes de la comunidad internacional que provoquen, eventualmente, un aislamiento o sanciones al Estado afectado por terrorismo y con ello el nivel de vida de sus nacionales baja y se restringe su campo de ejercicio de derechos.

No obstante sus restricciones, Naciones Unidas no ha quedado inmóvil ante las últimas conductas terroristas y sus efectos y así es como tras el 11 de septiembre de 2001 la Asamblea General y el Consejo de Seguridad adoptaron las respectivas resoluciones imponiendo obligaciones a los Estados miembros destinadas a erradicar cualquier forma de financiamiento de grupos terroristas, entre otros aspectos. Además, continúa fuertemente trabajando en la obtención de acuerdo sobre una serie de convenciones sobre

terrorismo, trabajo que ha dado algunos frutos positivos tras la última reunión de la Asamblea General. Es importante que los Estados se comprometan en este esfuerzo del organismo internacional ya que sin duda se logrará con ello un argumento político y jurídico para luchar contra el terrorismo, pero no deja por ello de ser menos necesaria una pronta regulación de los derechos humanos de las diferencias a fin de que nadie pueda justificar una conducta criminal en su propia “cultura”.

A modo de conclusión, creemos que las *pretendidas* justificaciones en pos de lograr una *pretendida* igualdad, autonomía, respeto u otros valores, fundamento de derechos que consideran no poseer o no estar en condiciones de ejercer, en caso alguno puede justificar las conductas terroristas y validar la muerte y lesión de víctimas inocentes. Y en todo caso ni las de particulares ni las de un Estado.

Termino esta parte con la frase del antropólogo español José Pérez Tapias que señala que: lo importante es hoy sobrevivir como humanidad para que todos podamos convivir en las condiciones de dignidad que la «humanidad» de cada uno reclama¹⁰.

3. *Las investigaciones científicas en genética, los derechos humanos y la declaración universal de la Unesco. Algunas reflexiones en el marco de la bioética*

Con independencia del conocimiento que del genoma se tenga¹¹, es un hecho evidente que éste ha existido siempre. Es sólo que durante milenios la humanidad convivió con su existencia sin preocuparse de los cambios que podían plantearse en la vida a partir de su análisis. Sin embargo “...para bien o para mal, vivimos en un mundo en el que el saber en raras ocasiones es totalmente neutral. El conocimiento normalmente impulsa a la persona informada a la acción. En muy raras ocasiones se deja tranquilo al ser. En seguida se recoge el descubrimiento de lo que existe, se pone por escrito, se critica, se perfecciona y se comunica a la comunidad científica mundial. Ello suele conducir a la acción”¹².

¹⁰ GÓMEZ GARCÍA, Pedro (coord.), *Las Ilusiones de la Identidad* (Madrid, Cátedra, 2000), p. 64.

¹¹ El *ácido desoxirribonucleico* o *ADN* es el archivo genético en el que están impresas las instrucciones que necesita un ser vivo para nacer y desarrollarse a partir de la primera célula y se compone de cuatro tipos de subunidades que se llaman *bases nucleótidas*, o letras según sus iniciales, y que son: Adenina, Timina, Citosina y Guanina, las que a su vez siempre se unen de manera específica: adenina con timina y citosina con guanina. El genoma en tanto es todo el ADN de un organismo, incluidos sus genes y que marcan entre otras condiciones, qué aspectos tiene el individuo, etc.

¹² KIRBY, Michael, *Proyecto Genoma Humano y su desafío a la Sociedad*, en *Rev. Der. Gen. Hum.* 5 (1996: 77 - 90), p. 80.

Haciendo un poco de historia veremos que el primer gran hito en la investigación y el saber sobre el genoma humano data de 1953 cuando los doctores James Watson y Francis Crick discernen la estructura de una molécula de ADN.

Con este descubrimiento comenzó lo que se ha llamado la *carrera del genoma*, que en un principio fue corrida sólo por un consorcio público, Proyecto Genoma Humano, conocido como HGP, del cual el científico Craig Venter se separaría para fundar su propia empresa privada, Celera, con el ánimo de apurar los resultados de la investigación que se pronosticaban para el año 2005.

No obstante la rivalidad de ambos grupos de investigación, para sorpresa del mundo en junio del año 2000 anunciaron conjuntamente la obtención del primer borrador del mapa del genoma humano contando con el respaldo de varios mandatarios, especialmente del norteamericano Bill Clinton.

Así, el 12 de febrero de 2001, en forma simultánea, ambas empresas publican la secuenciación del genoma humano, abriendo con ello una etapa que se puede llamar postgenómica y que sin duda está marcada por innumerables interrogantes científicas, éticas, jurídicas y económicas, demostrando así que la disciplina que hoy se conoce como bioética en cuanto se preocupa del conjunto de condiciones que exige una gestión responsable de la vida humana en el marco de los rápidos y complejos progresos del saber y de las tecnologías biomédicas¹³, es esencialmente multidisciplinar.

Ante estos avances de la ciencia el derecho internacional no podía estar pasivo y en 1993, Federico Mayor, Director General de la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO, anuncia la creación del Comité Internacional de Bioética como manera de responder a los progresos que la tecnología ha logrado en relación a la vida y la salud humana, en particular en los ámbitos de la genética y la biotecnología. Pareció que los propósitos de UNESCO, tal como aparecen en su carta de constitución, creaban el paraguas adecuado para la preocupación y el debate ético sobre estas cuestiones.

Siendo el único órgano internacional con competencias en el campo de la bioética, surgió pronto la idea de adoptar una declaración sobre los principios que deban guiar esta clase de investigaciones.

Para la elaboración del instrumento internacional se designó una comisión legal que estuvo presidida por el jurista uruguayo Héctor Gross Espiell,

¹³ PUIGPELAT, Francesa, Apuntes de clases, Módulo IX, II: Maestría en Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo, Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana Santa María de la Rábida, 11 de julio de 2001.

la cual en su octava sesión, en noviembre de 1996, ya tenía un documento a modo de propuesta de lo que sería la declaración.

En definitiva, la *Declaración Universal de la UNESCO sobre el genoma humano y los derechos humanos* fue aprobada por unanimidad y por aclamación, por la 29ª sesión de la Conferencia General de la UNESCO, el 11 de noviembre de 1997, siendo el texto también adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, el 9 de diciembre de 1998 con ocasión de la conmemoración del 50º Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948.

No obstante este avance y además de realizar las funciones de educación e información propias del organismo, el Comité sigue trabajando en torno a la Declaración, ahora para la implementación y evaluación de este instrumento y la futura adopción de un tratado.

Vale señalar desde ya que la Declaración no es un acuerdo vinculante sino sólo una especie de exhortación hacia los Estados sin la fuerza obligatoria con que cuenta una convención para efectos de su respeto y cumplimiento, de ahí que si bien ha sido jurídicamente un gran avance porque vincula al derecho internacional con la llamada *tercera generación de derechos humanos*, no es menos cierto que el resultado de sus objetivos dependerá en buena medida de la actitud de los Estados y de cómo se conjugue con otros instrumentos del derecho internacional que de manera más indirecta se han preocupado de las cuestiones sobre el genoma, al referirse a la propiedad intelectual sobre las investigaciones científicas, tal como lo menciona el propio preámbulo de la Declaración en su apartado tercero.

En sus 25 artículos, la Declaración contiene varios principios e ideas que pretenden ser claras limitaciones a las investigaciones que realicen los Estados y comunidades científicas en el tema del genoma y consagrar la total primacía del respeto a la dignidad humana por sobre la investigación. Sin embargo, muchos de esos postulados no han sido desarrollados adecuadamente lo que puede generar problemas de interpretación y ya han suscitado las observaciones de numerosos grupos, como lo ha hecho por ejemplo, la Santa Sede.

En su artículo 1, consagra que "*en sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad*". Como sabemos, la idea de patrimonio común de la humanidad denota un régimen que en derecho internacional se aplica a los fondos marinos u oceánicos y al espacio exterior, la luna y los cuerpos celestes. En su base, el régimen lleva las ideas de libertad, igualdad, no apropiación, utilización para fines pacíficos, responsabilidad y cooperación y plantea la existencia probable de un nuevo sujeto internacional: la humanidad completa.

Al hacer esta consagración en sentido simbólico surgen varias interrogantes. Por un lado podemos entender que no puede asimilarse plenamente al ser objetos de una muy diferente naturaleza física como lo son los espacios protegidos y como puede ser el código genético humano. Pero también podríamos pensar que no es posible la consagración absoluta si consideramos, como lo ha planteado la Santa Sede, que *“el genoma tiene dos dimensiones: una general, en cuanto es una característica de todos aquellos que pertenecen a la especie humana, y otra individual, en cuanto es diferente para cada ser humano, que lo recibe de sus padres en el momento de la concepción. Cuando se habla comúnmente de “patrimonio genético” se refiere a esta segunda dimensión. Parece evidente que es a este “patrimonio” al que se debe aplicar una protección jurídica fundamental, puesto que tal “patrimonio” pertenece concreta e individualmente a cada ser humano”*¹⁴.

En todo caso, del articulado de la declaración parece desprenderse la consagración en detalle de las ideas que sustentan el régimen de patrimonio común de la humanidad. Así, se establece la exigencia del consentimiento libre e informado de quienes se someten a investigación; hay un claro rechazo de todo reduccionismo de los individuos en razón de sus características genéticas y la obligación de no discriminación. Se impone a los Estados el deber de velar porque los resultados de las investigaciones no se utilicen con fines no pacíficos y se rechaza la utilización del genoma para la obtención de beneficios pecuniarios, obligando a reparar el daño que pueda causarse.

Otro aspecto en que creemos falta un adecuado desarrollo es en el tratamiento de las prácticas de clonación y ello ha quedado claramente demostrado con las últimas investigaciones inglesas. El artículo 11 de la Declaración establece efectivamente el rechazo a la clonación humana, pero sólo cuando esta sea “con fines de reproducción de seres humanos”, de modo que ha dejado abierta la posibilidad de la clonación para otros fines con lo que sin duda se puede burlar el espíritu de la declaración y que parece ser lo que ha ocurrido con la reciente aprobación por la Cámara de los Lores de una ley de clonación con fines terapéuticos que sólo podrá ser desarrollada bajo las estrictas condiciones impuestas por la Autoridad de Fertilización Humana y Embriología de dicho país.

No obstante esta aparente transgresión al espíritu de la Declaración y en tanto Naciones Unidas no logre negociar un tratado que prohíba expresamente la clonación en todas sus formas, sea tal vez a través de la redacción del artículo 10 como se pueda evitar la puerta abierta para este tipo de

¹⁴ Documento *Observaciones de la Santa Sede sobre la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos*, en www.multimedios.org/bec/etexts/obser.htm.

prácticas, por ejemplo y como ha ocurrido, con fines terapéuticos. *“Ninguna investigación relativa al genoma humano en ninguna de sus aplicaciones, en particular en las esferas de la biología, la genética y la medicina, podrá prevalecer sobre el respeto de los derechos humanos, de las libertades fundamentales y de la dignidad humana de los individuos o, si procede, de grupos de individuos”.*

Tal vez nunca antes en la historia de la humanidad los avances de la ciencia y la tecnología habían causado tanta expectación como los actuales descubrimientos sobre el código genético humano.

Para los defensores de la ciencia y sus descubrimientos en el campo de la vida humana, sólo se busca mejorar nuestra calidad de vida y se postula cómo a través de ellos se puede mejorar considerablemente el nivel de vida y eventualmente encontrar remedios a enfermedades como el cáncer y las de tipo genético. Un ejemplo claro de estos beneficios sería el nacimiento del primer bebé al que se libró de los genes del Alzheimer en Estados Unidos.

Por el otro lado, un importante sector de la sociedad civil ve con temor la posibilidad de que en tiempos muy cercanos se llegue a intervenir de tal manera en la vida del hombre que de modo indirecto se llegue a una especie de *legalización* de prácticas eugenésicas o a la discriminación de seres humanos en razón de su código genético.

Existen muchos otros aspectos de las investigaciones genéticas que deben todavía ser regulados internacionalmente. Hace sólo unos meses se descubrió que el implante de las llamadas *células madre embrionarias*, que se encuentran en embriones de sólo cuatro o cinco días, permitiría mejorar enfermedades como las cuádruplejias o el mal de Parkinson, entre otras, y últimos descubrimientos indican que se encontrarían también estas células en los adultos, por lo cual Inglaterra ya autorizó los fondos para investigar, lo que traerá resultados que por lo menos serán cuestionables.

Si bien el descubrimiento del fuego o de la rueda han sido hitos en la evolución de la especie humana y factores decisivos en la formación de las civilizaciones, no podemos dejar de pensar que jamás antes se puso en entredicho la posibilidad de cambiar o alterar la naturaleza del hombre.

El 15 de febrero de 2001 con motivo de la preparación de la *Conferencia Mundial de las Naciones Unidas contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y otras Formas Conexas de Intolerancia*, 75 Jefes de Estado y de Gobierno junto a Mary Robinson, Kofi Annan y Nelson Mandela suscribieron la *Declaración sobre la Tolerancia y Diversidad: Una Visión para el Siglo XXI* en la cual sostuvieron: *“Todos los seres humanos constituimos una sola familia. Esta verdad ha quedado evidentemente establecida tras la primera descripción completa del genoma humano, un logro extraordinario que no sólo reafirma nuestra humanidad común; sino que promete transformaciones en el pensamiento y en las prácticas científicas, así como en las aspiraciones que para sí puede abrigar nuestra especie. Esto nos alienta hacia el pleno*

ejercicio de nuestro espíritu humano, hacia un nuevo despertar de todas las capacidades inventivas, creativas y morales, realzando la participación equitativa de hombres y mujeres. Solo entonces, el siglo veintiuno podría ser una era de logros genuinos y de paz”.

A menos de un año de dicha enunciación de hermosos propósitos los avances en las investigaciones genéticas han sido tales que parece que no será necesario esperar mucho tiempo para ver considerables logros y, lo que es realmente importante en nuestro criterio, las consecuencias que producirán en la vida humana.