

Forum Deusto

# Los Derechos Humanos en un mundo dividido

Instituto de Derechos Humanos

*Ian Brownlie / Mohammed Bedjaoui / Jon Sobrino / Ernesto Garzón Valdés / Pierre Sané /  
Thomas Buergenthal / Alain Pellet / Patrick Thornberry / Tom Farer / Victoria Abellán /  
Theodor Meron / Xabier Markiegi / Joaquín Ruiz-Giménez / Eugenio Gay Montalvo /  
Luis Delgado de Molina / Carlos Suárez González*



Universidad de Deusto

• • • • •



# Los Derechos Humanos en un mundo dividido



# Los Derechos Humanos en un mundo dividido

Ian Brownlie  
Mohammed Bedjaoui  
Jon Sobrino  
Ernesto Garzón Valdés  
Pierre Sané  
Thomas Buergenthal  
Alain Pellet  
Patrick Thornberry  
Tom Farer  
Victoria Abellán  
Theodor Meron  
Xabier Markiegi  
Joaquín Ruiz-Giménez  
Eugenio Gay Montalvo  
Luis Delgado de Molina  
Carlos Suárez González

1999  
Universidad de Deusto  
Bilbao

La presente publicación del Forum Deusto ha sido posible gracias a la colaboración del Departamento de Cultura del Gobierno Vasco

*Argitalpen honek Eusko Jaurlaritzaren Kultura Sailaren laguntza izan du*

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación, o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

*Argitalpen hau, ez azalaren diseinua ez beste zatirik ezin kopia, bildu edo transmititu daiteke inolako grabatze edo fotokopia modu edo bide erabiliz, ez modu elektrikoz, ez kimikoz, ez mekanikoz, ez optikoz, editorearen baimenik gabe.*

Edición al cuidado de Javier Torres Ripa  
*Javier Torres Riparen ardurapeko argitalpena*

Impreso en papel ecológico  
*Paper ekologikoan irarri argitalpena*

© Universidad de Deusto - Apartado 1 - 48080 Bilbao  
*Deustuko Unibertsitatea*

I.S.B.N.: 978-84-9830-602-6

*El **Forum Deusto**, enraizado en el mundo del saber y vivir propio de una Universidad, abre sus puertas a una actividad que no le debe ser ajena: hablar de y dialogar sobre la vida socio-política, que es acercarse a la vida del ciudadano; y el **Forum** lo hace desde su específica óptica universitaria; con apertura a todas las ideas, rigor de exposición y mentalidad crítica.*

***Forum Deustok** Unibertsitate batek bere dituen jakintza eta izate modutan oinarriturik, alde batera utzi behar ez duen ihardun bati, bizimodu sozio-politikoari buruzko elkarrizketari, irekitzen dio atea Hiritarraren egunerokora hurbildu asmotan, eta **Forumak** bere ikuspegi unibertsitaritik egin nahi du lan hori: ideia guztien aurrean ireki, azalpenetan zehatz eta jarrera kritikoarekin jokatzu.*

Forum Deusto





# Indice

Introducción . . . . .	11
Hitzaurrea . . . . .	13
Presentación temática del ciclo «Los Derechos Humanos en un mundo dividido» . . . . .	15
Human Rights and Contemporary International Law, por <i>Ian Brownlie</i> , Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad de Oxford . . . . .	23
Droits de l’Homme et Pluralisme Culturel: une Perspective Africaine, por <i>Mohammed Bedjaoui</i> , Ex - Presidente del Tribunal Internacional de Justicia de La Haya . . . . .	39
Los derechos humanos y la teología desde la perspectiva de las víctimas, por <i>Jon Sobrino</i> , Profesor de Teología de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas . . . . .	59
Derechos humanos y diversidad cultural, por <i>Ernesto Garzón Valdés</i> , Profesor del Instituto de Ciencias Políticas de la Universidad de Maguncia . . . . .	85
New Trends in Amnesty International’s Work, por <i>Pierre Sané</i> , Secretario General de Amnistía Internacional . . . . .	113
Truth Commissions and the Protection of International Human Rights, por <i>Thomas Buergenthal</i> , Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad George Washington . . . . .	125
Les juridictions pénales internationales: vers la fin de l’impunité?, por <i>Alain Pellet</i> , Miembro de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas . . . . .	143

The Rights of Minorities and Indigenous Peoples, por <i>Patrick Thornberry</i> , Profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Keele . . . . .	163
Human Rights, Justice and Community: Dancing or Clashing Paradigms?, por <i>Tom Farer</i> , Decano de la Escuela Superior de Estudios Internacionales de la Universidad de Denver . . . . .	187
La aportación de las Naciones Unidas a la internacionalización del Derecho a la justicia, por <i>Victoria Abellán</i> , Catedrática de Derecho Internacional Público de la Universidad de Barcelona . . . . .	209
New Challenges to Human Rights, por <i>Theodor Meron</i> , Catedrático de Derecho de la Universidad de New York . . . . .	227
Balance en Euskadi 50 años después, Por <i>Xabier Markiegi</i> , Ararteko . . . . .	245
Intervenciones de la Mesa Redonda «La Abogacía y los Derechos Humanos»: <i>Joaquín Ruiz-Giménez</i> , Ex-Defensor del Pueblo . . . . .	279
<i>Eugenio Gay Montalvo</i> , Presidente del Consejo General de la Abogacía. . . . .	285
<i>Luis Delgado de Molina</i> , Presidente de la Unión Internacional de Abogados. . . . .	295
<i>Carlos Suárez González</i> , Decano del Il. Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya . . . . .	301

# Introducción

*« ...y así como la natura a todos nos crió  
libres, así la natura a todos nos hizo  
iguales en la posesión del mundo.»*

Fray Antonio de Castrillo,  
*Tractado de República*, cap. VI  
(año 1521)

Somos hijos de nuestro tiempo, y nuestros hijos son las palabras. Se podría trazar la historia de los hombres a través de esas palabras que, de pronto, irrumpen con fuerza del fondo constante del idioma. Cada época tiene las suyas. Representan lo nuevo, la forma de pensamiento que distingue los tiempos, y bajo ellas discurren profundas corrientes colectivas de sentimientos, ideas, aspiraciones, que acaban, un día, encontrando un nombre. Así nacen las palabras importantes.

En el siglo xx, en medio, floreció uno de esos términos que se hacen símbolo: «Derechos Humanos». El hombre pensó, en la mitad del siglo xx, que eran posibles los Derechos Humanos Universales, y nos dejó como herencia derribar los muros entre la idea y la realidad; voz y aire frente a materia y cosa; su cielo y nuestra tierra.

Pero la palabra es también *λογος*; el lenguaje, *ενεργεια*; y el hombre no puede desentenderse, después, de las palabras. La palabra puso a trabajar al hombre. Fue preciso fundamentar filosóficamente, analizar, comprender, acercar, convencer. Fueron precisos los procesos intelectuales y fue necesaria la acción. La discusión y el acuerdo y, a veces, la fuerza.

El Forum-Deusto, junto con el Colegio de Abogados de Vizcaya, y con la colaboración del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe de la Universidad de Deusto, ha querido prestar su contribución a este legado inacabado, a lo largo de un ciclo que ha convocado a 12 de las más ilustres figuras dedicadas a los Derechos Humanos.

El presente volumen recoge las 12 ponencias, junto con las intervenciones en la Mesa Redonda, que nos han permitido acercarnos a la situación actual de los Derechos Humanos cuando se cumplen cincuenta años de su proclamación.

Precede a las conferencias una presentación que sirve de hilo conductor de los temas tratados. Las conferencias aparecen en versión original y les sigue un resumen en castellano a las transcritas en otras lenguas.

Con posterioridad a la celebración de la mesa redonda que cerraba el ciclo, el Forum pudo contar con la presencia del premio Nobel de la Paz, John Hume, cuya ponencia no ha podido incluirse por encontrarse en prensa el presente volumen en el momento de su intervención, pero a la que se alude en la presentación temática.

Con este ciclo el Forum Deusto rinde homenaje a quienes promulgaron la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a quienes después han dedicado su esfuerzo a salvar la distancia entre la realidad y la palabra, en la convicción de que ésta es tarea a la que nadie puede sentirse ajeno.

*Forum Deusto*

# Hitzaurrea

*« ...y así como la natura a todos nos crió  
libres, así la natura a todos nos hizo  
iguales en la posesión del mundo.»*

Fray Antonio de Castrillo,  
*Tractado de República*, cap. VI  
1521. urtea

Gure garaiko umeak gara, eta hitzak dira gure umeak. Hizkuntzaren muin finkotik bat-batean ateratzen diren hitz horien bitartez gizakien historia marraztu liteke. Garai bakoitzak bere hitzak ditu. Berria agertzen dute, garaien bereizgarri den pentsakera, eta haien azpian sentimendu, ideia eta asmo korrante kolektibo sakonak igarotzen dira, halako batean, izena aurkitu arte. Halaxe jaiotzen dira garrantzizko hitzak.

xx. mendean, erdialdean, sinbolo bihurtzen diren termino horietako bat loratu zen: «Giza Eskubideak». xx. mendearen erdian gizakiak pentsatu zuen Giza Eskubide Unibertsalak izan zitezkeela, eta ideiarene eta errealitatearen arteko hesiak hautsi beharra jarauntsi zigun; ahotsa eta airea gauza eta materiaren aurrez aurre; bere zerua eta gure lurra.

Baina hitza *λογος* ere bada; hizkuntza, *ενεργεια*; eta gizakia ezin da gero axolagabea izan hitzekiko. Hitzak lanean jarri zuen gizakia. Oinarri filosofikoak jarri behar izan ziren, aztertu, ulertu, erakarri, sinestarazi. Adimenaren jardunbideak behar izan ziren eta ekintza. Eztabaida eta adostasuna eta, batzuetan, indarra.

Forum Deustok, Bizkaiko Abokatuen Bazkunarekin batera, eta Deustuko Unibertsitateko Pedro Arrupe Giza Eskubideen Institutuaren

laguntzarekin, mandatu burutugabe honi bere ekarria egin nahi izan dio, Giza Eskubideei emanak diren 12 andre-gizon ospetsu ziklo batera gonbidatuz.

Liburu honetan Giza Eskubideak gaur egun, haien aldarrikapenaren berrogeita hamargarren urtemugan, zer-nolako egoeran dauden gerutuagotik ezagutzeko modua eman diguten 12 hitzaldiak bildu dira, mahai-inguruan esandakoekin batera.

Hitzaldien aurretik aurkezpena egin da, zikloan zehar jorratutako gaiak josiz. Hitzaldiak hizlariak emandako hizkuntzan ageri dira eta, ondoren, gaztelaniazko laburpena beste hizkuntza batean emanikoe-tan.

Zikloari amaiera eman behar zion mahai-inguruaren ostean, Forum Deustok John Hume Bakearen Nobel Saria ekartzeko aukera izan zuen. Haren hitzaldia ezin izan da besteekin batera argitaratu, liburu hau in-primategian zelako ordurako, baina gaien aurkezpenean bere aipua jaso da.

Ziklo honen bitartez Forum Deustok gorazarre egiten die Giza Esku-bideen Deklarazio Unibertsala aldarrikatu zutenei eta harrezkero erre-alitatearen eta hitzaren arteko aldea laburtzen ahalegindu direnei, uste osoa baitu inork ezin duela bere burua zeregin honetatik kanpo utzi.

*Deustu Foruma*

## Presentación temática del ciclo «Los Derechos Humanos en un mundo dividido»

El Ciclo fue inaugurado el 9 de diciembre de 1997 por el gran internacionalista de la Universidad de Oxford Ian Brownlie. En su magistral intervención se detuvo básicamente en la importancia de los Derechos internos para una eficaz protección de los derechos fundamentales. Si bien es cierto que la internacionalización de los derechos humanos a partir de 1945 ha supuesto una merma progresiva de la soberanía de los Estados, éstos siguen constituyendo un elemento fundamental para la garantía de estos derechos. Desde la adopción de la Declaración Universal de 1948 se han ido sucediendo todo un conjunto de instrumentos de derechos humanos tanto en el ámbito regional como en el ámbito universal que dan sentido a la expresión «derechos humanos». Sin embargo, todos estos indudables avances no han menoscabado la importancia que tiene la consolidación del Estado de Derecho y de la democracia en el interior de las fronteras de los Estados para una efectiva protección de los derechos y las libertades fundamentales.

El antiguo Presidente del Tribunal Internacional de Justicia, el argelino Mohamed Bedjaoui, dedicó su conferencia al espinoso problema de la universalidad de los derechos humanos, atendiendo fundamentalmente a las características específicas del continente africano. El fundamento de la universalidad de los derechos humanos no es otro que la dignidad de la persona humana, independientemente de su sexo, nacionalidad, color, religión...; fundamento que ya se encuentra esbo-

zado en la Escuela Española del Derecho de Gentes de los siglos XVI y XVII por autores como Vitoria, Suárez o Las Casas. Sin embargo, en la actualidad la pretendida universalidad de los derechos humanos se encuentra «amenazada» desde el reconocimiento de la diversidad cultural existente en el mundo. En concreto, desde el continente africano se están vertiendo críticas contra una universalidad que conciben como una cierta «imposición» por parte del mundo occidental. Frente al *hombre abstracto* por el que aboga Occidente, se subraya el hecho de que el hombre está *situado*, es decir, hay que analizarlo a la luz de su contexto social, cultural, religioso...; en particular, el contexto de pobreza y subdesarrollo en el que se desenvuelve el ser humano en una gran parte del continente africano. Una vez planteado el debate entre la universalidad y el relativismo cultural, el juez Bedjaoui lo considera como uno de los problemas más acuciantes a los que se enfrentan los derechos humanos en este final de siglo, problema que sólo podrá ser abordado desde un imprescindible diálogo intercultural.

El profesor Ernesto Garzón Valdés, del Instituto de Ciencias Políticas de la Universidad de Maguncia, también abordó el tema de la universalidad de los derechos humanos pero desde una perspectiva filosófica, señalando cómo ésta es una conquista histórica a la que, por diferentes motivos, no se debería renunciar. Y para defender su posición rebatido de los argumentos más utilizados para cuestionar la universalidad de los derechos humanos. En primer lugar, responde al argumento que defiende la peculiaridad ética de todas las culturas, peculiaridad que hace que cualquier intento de universalizar los derechos humanos se vea como una imposición cultural inaceptable. En segundo lugar, también va a tratar de demostrar lo erróneo de aquellas posturas que defienden que el no reconocimiento de las identidades colectivas supone una vulneración de las identidades de carácter individual. En cuanto al primer argumento, señala que no todas las expresiones culturales suponen un enriquecimiento moral; más bien al contrario, determinadas manifestaciones culturales, como puede ser la ablación sexual femenina que se practica en muchos países de África, suponen un retroceso moral inaceptable. Respecto del segundo argumento, a Garzón Valdés también le surgen dudas sobre la relevancia moral de las comunidades, por encima de los individuos pertenecientes a esas comunidades. En su cualificada opinión, no se puede afirmar categóricamente que es dentro de la comunidad donde el individuo puede desarrollar de la manera más perfecta posible su libertad. Y, por supuesto, nos encontramos ante el problema fundamental de cómo definir una comunidad y la identidad colectiva a que da lugar, en definitiva, cuáles son los criterios,



aspecto éste al que todavía no se le ha encontrado una respuesta plenamente satisfactoria. Por todas estas razones, el profesor Garzón Valdés aboga por el concepto del «coto vedado», es decir, un conjunto de derechos humanos básicos inviolables que son innegociables, es decir, que no están sujetos a diferentes interpretaciones, son un mínimo imprescindible para llevar a cabo una vida con dignidad. Ahora bien, él mismo confiesa las dificultades que plantea una empresa tan ardua como intentar definir y justificar los contenidos de ese «coto vedado».

Tras hacer un breve repaso a las circunstancias que rodearon a la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, el profesor Tom Farer trató en su conferencia de terciar en el debate actual que se está produciendo entre dos doctrinas filosóficas y políticas como son el liberalismo y el comunitarismo. Mientras que el liberalismo pone el acento fundamentalmente en el individuo, el comunitarismo, en cambio, otorga una mayor importancia a la pertenencia de los individuos a una comunidad concreta, que es la que le otorga sentido y le dota de una determinada identidad. Para fundamentar su preferencia por una concepción liberal de los derechos humanos, el autor va refutando diferentes argumentos aducidos por los defensores del comunitarismo. En primer lugar, Tom Farer no cree que en las sociedades estructuradas en torno a diferentes comunidades los individuos estuviesen más contentos y fueran más felices. En segundo lugar, en un mundo presidido por la globalización, no ve factible la reconstrucción de las sociedades comunitarias, como pretenden los comunitaristas. Por último, señala que la concepción del individuo y de la sociedad en un régimen capitalista liberal que llevan a cabo los comunitaristas no es adecuada y les hace llegar a diagnósticos equivocados. Por lo tanto, opta decididamente por una interpretación liberal de los derechos humanos en las sociedades actuales, al menos en las desarrolladas.

El conocido teólogo de la liberación y profesor de la Universidad Centroamericana (UCA) de El Salvador Jon Sobrino, mostró una aproximación a los derechos humanos desde la perspectiva de las víctimas y de los pueblos oprimidos, auténticos «pueblos crucificados», que actualmente constituyen la mayor parte de la humanidad. La primera interpelación del profesor Sobrino vino de la mano de la escandalosa paradoja que se produce entre el gran avance en el desarrollo teórico de los derechos humanos que se ha producido desde la aprobación de la Declaración Universal en 1948 y, por otro lado, la constatación de que la situación de la mayoría de la humanidad sigue siendo una situación marcada por la pobreza, la ignorancia y por violaciones graves y siste-

máticas de sus derechos más básicos. Para transformar esta realidad, se propone una adecuada *historización* de los derechos humanos, es decir, una comprensión de los derechos humanos desde las necesidades y reivindicaciones de los pueblos del tercer mundo. Y es que, citando las proféticas palabras del profesor Sobrino, «el subdesarrollo... es en sí mismo una flagrante violación de la solidaridad humana, esto es, de la naturaleza misma del fundamento de los derechos humanos y lleva consigo la permanente violación de esos derechos». Finalmente, se menciona la falacia que constituye la defensa a ultranza de la universalidad de los derechos humanos, que no esconde más que una concepción occidental de dichos derechos que excluye a la mayor parte de la humanidad. Universalizar el derecho a una vida digna de todas y cada una de las personas que poblamos el Planeta sería la tarea más urgente de esta inacabable labor que constituye «lo divino de luchar por los derechos humanos».

El Secretario General de Amnistía Internacional, Pierre Sané, llevó a cabo una magnífica exposición sobre los retos más importantes a los que se enfrentan los derechos humanos en la actualidad, retos a los que está tratando de dar respuesta una organización no gubernamental de tanto prestigio como la que él dirige. Transcurridos 50 años de la promulgación de la Declaración Universal siguen existiendo muchas sombras, llegando a afirmar que el período entre fines de los años 80 y principios de los 90 ha sido «el peor de los tiempos» para los derechos humanos. Entre las principales sombras a las que se refirió Pierre Sané podemos destacar la pobreza generalizada, la brecha creciente entre los países desarrollados y los países subdesarrollados, la intolerancia, la «limpieza étnica», la persistencia de la pena de muerte en muchos países, la violación sistemática de los derechos de las mujeres, etc.... Ciertamente, nos encontramos ante un auténtico cambio del discurso tradicional de Amnistía Internacional, discurso que, como sabemos, se centraba fundamentalmente en los derechos civiles y políticos, a los cuales se circunscribía su mandato. Actualmente, se ve muy diáfano que detrás de violaciones graves y sistemáticas de los derechos civiles y políticos se encuentran situaciones de injusticia económica y social de carácter estructural. Esta posición supone un reconocimiento más de la extrema importancia que reviste hoy día la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos.

Uno de los retos principales para los derechos humanos, como muy bien señaló Pierre Sané, es el de la lucha contra la impunidad. En relación a este tema se pronunciaron tres interesantísimas conferencias.

Thomas Buergenthal, profesor de Derecho Internacional de la George Washington University, desgranó sus experiencias como miembro de la Comisión de la Verdad de El Salvador. En primer lugar, se mostró absolutamente convencido de que la verdad es un paso fundamental en todo proceso de paz y de reconciliación. Si no se conoce toda la verdad se estarán cerrando en falso heridas que puede que se reabran años más tarde, como el caso de Chile y Pinochet se está encargando de demostrar. Uno de los méritos del Informe de la Comisión de la Verdad fue que por primera vez en mucho tiempo se arrojó luz sobre un conflicto que había causado miles de muertos, un gran sufrimiento entre la población y violaciones gravísimas de los derechos humanos más elementales. El Salvador hoy es un país que, aunque con los problemas inevitables a los que se enfrenta todo país en desarrollo, parece haber cerrado las heridas abiertas durante años de división y conflicto, caminando por la difícil senda de la democracia. Sin ninguna duda, se puede afirmar que el mayor problema de derechos humanos al que se enfrenta El Salvador es la pobreza y la desigualdad, pobreza y desigualdad que generan delincuencia, violencia, secuestros... Trabajar por los derechos humanos en este pequeño país significa ante todo trabajar por su desarrollo.

A continuación, un miembro de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, el profesor Alain Pellet, abogó por la creación de una auténtica jurisdicción penal internacional, siendo, sin embargo, plenamente consciente de los problemas que tendrá que superar, de naturaleza tanto jurídica como, fundamentalmente, política. En última instancia, nos enfrentamos a un problema de soberanía; los Estados siguen siendo extremadamente celosos de su soberanía, mostrándose enormemente cautos cuando de ceder parcelas de su jurisdicción se trata. Con la creación del Tribunal Penal Internacional nos evitaríamos el «espectáculo judicial» que está levantando el caso Pinochet.

En tercer lugar, la Catedrática de Derecho Internacional Público de la Universitat de Barcelona, Victoria Abellán, se centró en la aportación que han efectuado las Naciones Unidas a la internacionalización del derecho a la justicia, en particular respecto del establecimiento de los mecanismos jurídicos que garanticen el ejercicio efectivo de dicho derecho. La profesora Abellán llegó a la conclusión de que existe en el Derecho Internacional contemporáneo un derecho humano a la justicia, derecho que conlleva la obligación para los Estados de asegurar que la administración de justicia funcione de tal manera que satisfaga efectivamente ese derecho. Por último, este de-

recho también plantea la necesidad de cooperación internacional entre los Estados de la comunidad internacional a fin de evitar la impunidad en casos de violaciones graves, masivas y sistemáticas de los derechos humanos.

Dos temas de gran relevancia para los derechos humanos, como son los derechos de las minorías y, los derechos en conflictos armados, fueron desarrollados por los profesores Thornberry y Meron respectivamente. El profesor de la Keele University, Patrick Thornberry, trazó una clara distinción entre la definición de las minorías, por un lado, y los pueblos indígenas, por otro. Ambos colectivos tienen que ser objeto de un tratamiento específico y diferenciado en lo que concierne al reconocimiento de sus derechos. En el ámbito de las minorías se ha avanzado bastante en la esfera de las Naciones Unidas en el progresivo reconocimiento de sus derechos, mientras que los pueblos indígenas siguen clamando por el respeto de sus derechos básicos. En este sentido, el profesor Thornberry destacó la creación de un Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas en las Naciones Unidas con el objetivo de aprobar una Declaración de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, Declaración que, desgraciadamente, se está enfrentando a enormes problemas por parte de diferentes Estados. Estos problemas derivan básicamente del intento por parte de los pueblos indígenas de reclamar su derecho a la autodeterminación y el derecho a disfrutar de sus propias tierras, lo que a veces puede entrar en colisión con determinados intereses de los Estados.

El profesor Theodor Meron, de la New York University, hizo hincapié en que las mayores violaciones de los derechos humanos en la sociedad internacional contemporánea tienen lugar en situaciones de conflicto, como la situación de la ex-Yugoslavia, Ruanda o Somalia se encargan de recordarnos. Y ello es así a pesar de que existe todo un cuerpo de normas que tratan de proteger a las personas durante los conflictos, el Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo, este Derecho se encuentra indefenso cuando no existe voluntad por parte de un Estado de aplicarlo, cuando se constata que sus mecanismos de control o supervisión son muy débiles, o cuando acaece que la mayor parte de los conflictos actuales son de carácter interno, donde estas normas no pueden desplegar todos sus efectos. Como conclusión, para evitar las catástrofes humanitarias a las que hemos asistido en los últimos años, el profesor Meron aboga por la necesidad de un standard mínimo de normas humanitarias ante las cuales se manifieste el compromiso de las diferentes partes en conflicto de cumplirlas.

Dos conferencias estuvieron dedicadas a dos situaciones concretas: los derechos humanos en la Comunidad Autónoma Vasca, y la construcción de una paz duradera en Irlanda del Norte después de un largo conflicto. El Ararteko, el Defensor del Pueblo, Xabier Markiegi, pronunció su conferencia el 10 de diciembre de 1998, el día en que se conmemoraba oficialmente el Cincuentenario de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Tras hacer un breve repaso a los avatares históricos de la Declaración Universal y detenerse en el problema de la universalidad de los derechos humanos frente al relativismo cultural, quiso hacer un balance sobre la situación de los derechos humanos en nuestro país, balance que, por utilizar sus mismas palabras, es «altamente positivo, aunque con importantes puntos negros». En primer lugar, como primer logro importante en materia de derechos humanos está la consolidación de la transición política y la configuración del Estado español como un Estado democrático plenamente respetuoso con los derechos y libertades. Sin embargo, una sombra en este panorama es la persistencia de la tortura y, sobre todo, una respuesta no todo lo contundente que hubiera sido deseable por parte de los poderes públicos. Otro elemento que ha distorsionado la evolución de los derechos humanos ha sido la violencia terrorista, que convirtió al secuestro y al asesinato en una realidad cotidiana que atentaba directamente contra la dignidad de las personas. Por último, y como conclusión, el Ararteko señaló que los retos más urgentes a los que nos enfrentamos en cuanto a los derechos humanos son la consolidación de un incipiente proceso de paz en Euskadi así como la superación de unas tasas de desempleo que hacen que los derechos económicos, sociales y culturales se encuentren en peligro para capas importantes de la población.

El reciente Premio Nobel de la Paz, John Hume, comenzó con una breve introducción histórica en referencia a los 300 años de conflicto en la isla. A continuación señaló tres actitudes básicas de paz: 1. el respeto a la diferencia; 2. la construcción de instituciones de paz que respeten las diferencias; 3. el trabajar juntos en los aspectos económicos y sociales, creando confianza mutua entre las partes («building confidence and trust»). Además insistió en la dificultad del proceso, y la necesidad de un largo periodo de curación de las heridas («healing process»), después de tantos años de conflicto. Asimismo insistió en el fenómeno de la «globalización», que ha provocado que el tiempo del «estado-nación» haya pasado.

El ciclo quedó clausurado en el Ilustre Colegio de Abogados de Vizcaya con una mesa redonda en donde intervinieron Joaquín Ruiz-Gimé-

nez (Ex-Defensor del Pueblo), Eugenio Gay Montalvo (Presidente del Consejo General de la Abogacía), Luis Delgado de Molina (Presidente de la Unión Internacional de Abogados), y Carlos Suárez González (Decano del Colegio), que debatieron en un coloquio de gran altura sobre los derechos humanos y la abogacía.

# Human Rights and Contemporary International Law

por **D. Ian Brownlie**

*Conferencia pronunciada  
el 9 de diciembre de 1997*

Forum Deusto





## Human Rights and Contemporary International Law

por D. Ian Brownlie\*

At the outset it is my pleasant duty to offer my thanks to the President of the Forum Deusto and his colleagues for their gracious invitation and the kindness and hospitality shown to my wife and I. I am also grateful to Professor Jaime Oraa for his practical assistance and personal kindness.

The subject matter usually described as «human rights» in contemporary political and legal discourse is extremely varied and extensive. It includes concern about the treatment of political prisoners, the right of self-determination for Palestinians and other oppressed peoples, the status of women, the right to leave one's own country, the right of immigrant communities to maintain their own culture and religion, the legal status of trade unions, collective bargaining, and so forth. Obviously my purpose must be to select certain aspects of this large topic.

It will be useful if some attention is given to terminology and concepts in the first place.

---

\* Ian Brownlie es Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Oxford. En 1979 fue nombrado Consejero de la Reina, y ha sido y es consejero y asesor de múltiples conflictos internacionales como los de Nicaragua, Honduras, Libia, Irán, Camerún, Nigeria, Yugoslavia, etc., para el Tribunal Internacional de Justicia, la Comisión Europea de Derechos Humanos, y el Tribunal Europeo para los Derechos Humanos, entre otros. En 1996 fue elegido Miembro de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. Además de su actividad docente, el Profesor Brownlie es co-editor del *British Year Book of International Law*, Miembro del Instituto de Derecho Internacional, Fellow de la Academia Británica, Miembro y Director de Estudios de la Asociación de Derecho Internacional y Delegado de la *University Press* de Oxford. Cuenta en su haber con numerosas publicaciones y artículos sobre Derecho Internacional y Derechos Humanos.

The precise term «human rights» appears in diplomatic life for the first time at the San Francisco Conference in 1945 and in various provisions of the United Nations Charter. The actual phrases used refer to «the principle of equal rights and self-determination of peoples», and to «respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion»: see Articles 1, 13, 55, 56 and 76 (in particular). In addition in the Preamble to the Charter it is declared that:

*«We the peoples of the United Nations determined ... to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women and of nations large and small ....»*

The term «human rights» in fact appears for the first time in the years 1942 to 1944 in the course of internal policy discussions in the United States on the subject of the principles on which the postwar organization would be based. It is obvious that the term «human rights» is more or less the equivalent of earlier terms, such as the «Rights of Man», the «rights» of citizens as set forth in the American Bill of Rights, and the older concept of «natural rights».

Whatever significance attaches to changes in the terminology, since the creation of the United Nations the connotation, the ramifications, of the concept of human rights have undergone significant changes. Before 1945 the Rights of Man and cognate principles were principally a part of the world of politics and ideas. Since 1945 in the era of the United Nations the concept of human rights has acquired a multilateral sanction, a harder outline, a legitimacy on the international plane. The principles of human rights have emerged as an objective and general international legal standard. The consequence has been that the principles of human rights now constitute a standard which is external to the individual states but also intrusive. In other words domestic legal and social values have now become subject to external tests and evaluation. Even the normal application of national legal rules to the citizens of the given state may not be sufficient, if the rules themselves fail to accord with the relevant external standards. Before 1945 the application of what would now be called human rights standards was a matter of political exception. The Covenant of the League of Nations contained no generally applicable principles of this kind. Only in the specialised contexts of Mandated territories, and treaty provisions—in the Peace Treaties and Minorities Treaties of the years 1919 to 1920—were standards imposed.

The development of the generally applicable and intrusive standards of human rights since 1945 has raised the issue of the domestic jurisdiction of states in an acute form. More especially as a result of the Cold War, precedents grew up in the practice of the organs of the United Nations according to which a large number of questions, previously regarded as internal matters, were now categorised as matters of «international concern» and subject to discussion and evaluation. Defining the core of matters which were not affected by external standards has now become more difficult.

I turn now to a preliminary question, that of the «Applicable Law».

Human rights is a broad area of concern and the potential subject-matter ranges from the questions of torture and fair trial to the so-called third generation of rights, which includes the right to food, the right to economic development, and the right to health.

Many lawyers in academic life refer to an entity described as «International Human Rights Law» which is assumed to be a separate body of norms. While this is a convenient category of reference, it is also a source of difficulty. Human rights problems occur in specific contexts. The issues may arise in domestic law, or within the framework of a standard-setting convention, or within general international law. But there must be reference to the specific and relevant applicable law. There is thus the law of a particular State, *or* the principles of the European Convention on Human Rights, *or* the relevant principles of general international law. But in the real world of practice and procedure, there is no such entity as «International Human Rights Law» and, when this concept is imposed on students, it can only be a source of confusion. Since it is not an «applicable law», it divorces learning in universities from the actual procedural contexts in which problems arise.

Moreover, the segregation of human rights law would not be a beneficial development and it must remain a part of the mainstream of public international law.

I turn now to the principal techniques by which the standards of human rights are propagated and implemented.

There can be no doubt that the main corpus of human rights standards consists of an accumulated code of multilateral standard-setting conventions. These fall into four general categories. First of all, the two comprehensive International Covenants on Economic, Social and Cultural Rights and on Civil and Political Rights adopted in 1966. Secondly, the comprehensive regional conventions: the European

Convention on Human Rights of 1950, the American Convention on Human Rights of 1969, and the African Charter on Human and Peoples' Rights of 1981. Thirdly, the conventions dealing with specific wrongs, such as genocide, torture or racial discrimination. Fourthly, the conventions related to the protection of particular categories of people: women, children, refugees and migrant workers.

The classical and still general method of enforcement is by means of the duty of performance of treaty undertakings imposed on the States Parties. It is the domestic legal systems of the States Parties to the given convention which are the vehicles of implementation. Thus the International Covenant on Civil and Political Rights contains express provisions setting forth the duty to ensure that domestic law provides sufficient means of maintenance of the treaty standards. It is a characteristic of such treaties that the means of implementation of conventional duties are a matter of domestic jurisdiction.

The importance of standard —setting by means of multilateral conventions is undoubted but, paradoxically, in the area of human rights certain non-binding instruments have had a major role to play. Indeed, as a matter of historical sequence it was a non-binding instrument which surfaced before the International Covenants, the Universal Declaration of Human Rights adopted by the General Assembly of the United Nations on 10 December 1948. Moreover, another non-binding instrument, the Helsinki Final Act, was also to have considerable significance in practice.

The two instruments have particular interest for lawyers because they demonstrate that the normative impact of an instrument does not necessarily depend upon its formal legal status.

The Universal Declaration of Human Rights was adopted in the form of a General Assembly resolution. The voting was 48 for, none against, and eight abstentions. By reason of its form, and for other reasons, the Declaration was clearly not a legally binding instrument as *such*, and at the time of its adoption some of its provisions departed from the generally accepted rules. Nevertheless, the Universal Declaration has had influence in at least three different ways. First, it has had the status of an authoritative guide, produced by the General Assembly, to the interpretation of the Charter. It soon became accepted as part of the «Law of the United Nations». Secondly, some of its provisions either constitute general principles of law or represent elementary considerations of humanity. And thirdly, the Declaration has been invoked by municipal courts.

The Declaration is a good example of an informal prescription given legal significance by the actions of authoritative decision-makers, and thus it has been used as a standard reference in the Helsinki Declaration, the second of the «non-binding» instruments which have been of considerable importance in practice.

On 1 August 1975 there was adopted the Final Act of the Conference on Security and Co-operation in Europe in Helsinki. This contains a declaration of principles under the heading «Questions Relating to Security in Europe». The Final Act was signed by the representatives of 35 States, including the United States and the USSR.

The document was obviously not in treaty form, and therefore not legally binding as such. The United States, along with other signatories, affirmed that the instrument was not legally binding. At the same time the document constitutes evidence of the acceptance by the participating States of certain principles as principles of customary or general international law, including the standards of human rights.

The significance of the Helsinki Final Act was recognised by the International Court in its Judgment on the Merits in the case of *Nicaragua v United States*. In the words of the Court:

«Also significant is United States acceptance of the principle of the prohibition of the use of force which is contained in the declaration on principles governing the mutual relations of States participating in the Conference on Security and Co-operation in Europe (Helsinki, 1 August 1975), whereby the participating States undertake to “refrain in their mutual relations, *as well as in their international relations in general*”, from the threat or use of force. Acceptance of a text in these terms confirms the existence of an *opinion juris* of the participating States prohibiting the use of force in international relations.»

Apart from the standard-setting role of the multilateral conventions and of non-binding instruments, such as the Helsinki Declaration, the relevance of customary or general international law must not be underestimated.

The vast majority of States and authoritative writers would now recognise that the fundamental principles of human rights form part of customary or general international law, although they would not necessarily agree on the identity of the fundamental principles. In 1970 the International Court, delivering judgment in the *Barcelona Traction* case, referred to obligations *erga omnes* in contemporary international

law and these were stated to include «the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination». The Final Act of the Helsinki Conference of 1975 included a «Declaration of Principles Guiding Relations between Participating States». This Declaration includes a section on human rights and the following paragraph appears in that section:

«In the field of human rights and fundamental freedoms, the participating States will act in conformity with the purposes and principles of the Charter of the United Nations and with the Universal Declaration of Human Rights. They will also fulfil their obligations as set forth in the international declarations and agreements in this field, including *inter alia* the International Covenants on Human Rights, by which they may be bound.»

It is evident that the participating States recognise that human rights standards form part of general international law: thus the *Digest of United States Practice in International Law* (United States Department of State, 1975, p.7) sets forth the Declaration referred to in the previous paragraph under the heading: «Rights and Duties of States».

The significance of the role of the «customary international law of human rights» is recognised in the most recent edition of the *Restatement of the Law: The Third*. Under the rubric just quoted the following proposition appears:

«A State violates international law if, as a matter of State policy, it practises, encourages, or condones

- (1) genocide,
- (2) slavery or slave trade,
- (3) the murder or causing the disappearance of individuals,
- (4) torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment,
- (5) prolonged arbitrary detention,
- (6) systematic racial discrimination, or
- (7) a consistent pattern of gross violations of internationally recognised human rights.»

Thus far the role of standard-setting principles has been considered in general terms. The question of practical application and implementation must now be addressed.

The primary method of implementation relies upon the domestic jurisdiction of the individual State, including its legislative process. The

primary duty of the State Party to a multilateral convention establishing human rights standards is to bring its own law into line with its treaty obligations.

The issue of implementation is much more problematical in relation to the non-binding instruments like the Helsinki Final Act. This instrument was probably only accepted on the basis that it did not involve legal obligations. However, in so far as the content of such a document may be said to be declaratory of general international law, then it may be invoked as between the parties with the added bonus that it represents a regional political commitment. In the case of the Helsinki Declaration, at the Vienna Meeting of the CSCE Conference in 1989 a procedure was created allowing for the making of complaints by participating States through diplomatic channels.

In other respects the procedural invocation of human rights standards is inhibited by conservative thinking about the concept of a legal interest, that is to say, of *locus standi*. It is difficult to invoke human rights standards in the context of general international law unless a specific treaty provision has been violated or there is a wrong involving the human rights of a national of the complainant State. At least it is now established that a party to a multilateral standard-setting treaty may raise questions of violation whether or not the victim is a national of the complainant State.

The most impressive method of implementation involves giving individuals the power to petition a judicial or quasi-judicial body. Thus Article 25, para. 1 of the European Convention on Human Rights provides:

«The Commission may receive petitions addressed to the Secretary-General of the Council of Europe from any person, non-governmental organization or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in this Convention, provided that the High Contracting Party against which the complaint has been lodged has declared that it recognizes the competence of the Commission to receive such petitions. Those of the High Contracting Parties who have made a declaration undertake not to hinder in any way the effective exercise of this right».

The system of individual complaints has many advantages and the results of the work of the European Commission and the European Court of Human Rights have, in some respects, been impressive. The level of accountability has been raised. Systematic deficiencies in domestic systems have been revealed and necessary legislative changes have resulted.

The European system works reasonably well but it has certain significant limitations. The system of petitioning is slow and is limited by the requirements of prior exhaustion of local remedies. There is a notable reluctance on the part of the Committee of Ministers to confront serious situations involving multiple and systematic violations of the Convention.

One of the more positive contributions of the Convention system has been the refinement of key concepts of human rights in the legal sphere. These concepts include non-discrimination, the margin of appreciation, equality of arms, and restrictions «necessary in a democratic society».

However, in various respects the system relies upon the functioning of the domestic legal system of the Respondent State. Nowhere is this so clear as in the provisions of Article 50 of the Convention:

«If the Court finds that a decision or a measure taken by a legal authority or any other authority of a High Contracting Party, is completely or partially in conflict with the obligations arising from the present Convention and if the internal law of the said Party allows only partial reparation to be made for the consequences of this decision or measure, the decision of the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party».

This provision appears to leave the possibility of specific restoration of rights open to question, given the degree of discretion permitted to the High Contracting Party, found to have acted in violation of the Convention, in affording just satisfaction.

Finally, it is to be noted that the Convention does not protect groups as such. However, inter-State proceedings by virtue of Article 24 may relate, in effect, to the rights of minorities and there may be a pattern of individual petitions relating to an issue affecting a group. Thus, the *Belgian Linguistics* case before the European Court (Series A, No. 6) concerned the access of certain children to French-language schools, in relation to the right to education and to the concepts of discrimination and proportionality. The case was presented by the parents of French-speaking children in the form of six Applications and involved six administrative districts.

I have completed my brief review of methods of implementation and shall move on to consider the diverse purposes and strategies which human rights principles may be made to serve. At least seven separate purposes can be identified.



Since human rights standards were invented, they have been employed for purposes of foreign policy which may be unrelated to human rights as such.

During the course of the Cold War there was an interesting reversal. In the earlier period, up to 1970, the Soviet *bloc* invoked human rights and selfdetermination against the colonial powers, who reacted defensively by asserting that such matters fell within the reserved domain of domestic jurisdiction.

In the early nineteen-seventies circumstances changed. The process of decolonisation was more or less complete, and the Western powers turned the tables by making adherence to human rights standards the price for accepting Soviet proposals concerning security in Europe. The outcome was the Final Act of the Helsinki Conference adopted in 1975. As presented to public opinion by the Western States, this was exclusively about human rights and was given a higher legal profile than Moscow had expected.

Human rights is often used as a basis for opportunist external support for minorities. During the crisis in Central America, involving American pressures upon the Sandinista Government in Nicaragua, the United States placed the treatment of the Miskitos on the political agenda. When this encouraged the Miskitos in Honduras to make political demands, interest in the Miskito issue died away.

And it must be recognised that on many occasions, human rights are used to promote what are essentially special interests. During the Nigerian Civil War of 1966 to 1970, the Biafran side used skilful propaganda to build a useful image of exclusive righteousness. The truth was much more complex. In the later years of the Soviet Union, Zionist organizations promoted the cause of Jewish migration on the basis of human rights although the best known exponent. Mr. Sharansky has not shown much interest in human rights issues since his arrival in Israel.

The concepts of human rights and democracy have also formed the basis for important monitoring operations to ensure the validity of the electoral process in unstable regions. Such operations have been carried out by the Organization for Security and Co-operation in Europe in the Caucasus.

Human rights standards may be invoked to protect the interests of private corporations in face of programmes of nationalisation or acts of individual expropriation. Article 25 of the European Convention refers

to any «nongovernmental organization» among the potential petitioners.

Among the many purposes which human rights may serve, perhaps the most important in practice is that of providing a legal basis for the monitoring of conditions in prisons and detention centres. This preventive function is carried out by the European Committee for the prevention of torture and inhuman or degrading treatment or punishment. This body was set up under the Council of Europe Convention of the same name adopted in 1987. The Convention has thirty-five parties.

Yet another distinct role of human rights, together with international humanitarian law, is the monitoring and amelioration of the condition of people living in areas under various kinds of military occupation. In these situations, the monitoring role will often be vested in the International Committee of the Red Cross or in United Nations peacekeeping forces with temporary mandates, as, for example, recently in Haiti.

On occasion human rights, in association with related concepts of war crimes and crimes against humanity, serve a general, more or less legislative, role of establishing important standard-setting precedents and elements of deterrence for the future. Obvious examples include the Charters of the International Military Tribunals at Nuremberg and Tokyo and the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991.

This review of the different purposes or strategies which human rights concepts may serve produces a mixture of light and dark areas, of the good and the bad. This general outcome is not very surprising. Just as the motor car may be used both for taking people to hospital or for the robbery of banks, so may norms be put to both good and bad purposes.

In the concluding sections of my lecture I shall examine some complex areas of interaction and convergence between human rights standards and other sets of values.

The first such area of convergence consists of the relations between the legal principles concerning human rights and the precepts of the Rule of Law. These relations involve paradoxes and tensions which inevitably trouble the observer.

The source of the difficulty can be summarised in three propositions.

First: the legal developments based upon human rights, including the creation of Ad Hoc Criminal Tribunals and the emplacement of UN security forces in Bosnia and Somalia, provide a broad spectrum of intrusive actions for humanitarian purposes.

Secondly: in practice such action is not applied consistently. Thus, for example, it is not expected that there will be an International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Palestine since 1948 (or 1967).

Thirdly: the result is that the very legal strength of the available humanitarian responses makes the element of preference in mounting such responses the more clearly inconsistent with the Rule of Law.

In the case of the former Republic of Yugoslavia, there must be a strong suspicion that the pattern of indictment for war crimes reflects a collateral policy of attacking the legitimacy of the Government of the Republic Srpska.

Similar problems arise from resort to humanitarian intervention. A small number of writers are promoting the idea of humanitarian intervention, and certain related doctrines, as justifications for the use of force. The whole area of forcible intervention to protect human rights is full of paradox and irony. The idea of armed intervention, involving the use of modern weapons and massive fire-power, in order «to protect human rights» is not exactly attractive. Moreover, the proven consequence of foreign intervention is to weaken local public order systems, exacerbate internal tensions, and to precipitate communal strife and refugee flows. Recent developments in Bosnia and Somalia provide significant experience with particular reference to intervention which involves interference in situations of civil war.

Intervention also creates confusion in the local patterns of legitimacy. When Mr. Endara was installed in Panama by United States forces on the basis of exit polls, he had not been consulted by the United States about the invasion, even although he was, according to the United States, the lawful ruler. Prior to the intervention in Haiti in September 1994 the United States did not consult Mr. Aristide who was, according to Washington, the lawful ruler. The irony in such situations is that the local military government is effectively replaced by a foreign military administration, which has no local legitimacy whatsoever, and which is often operating in accordance with inappropriate rules of engagement.

The latest eccentric doctrine is that intervention is lawful to restore democracy. Such a principle is not to be found in existing general international law, and if it is relied on in practice the consequences will be disastrous. Interventions «to restore democracy» or «to maintain human rights» cannot begin to generate new custom unless they are accompanied by *opinion juris*. But they are not. The evidence for the absence of *opinion juris* includes three elements at least. The occasions on which such actions are taken are so selective and so discriminatory that no considerations of law are dominant. Action to protect the Kurds in Iraq was in 1992 accompanied by an absence of action to protect Kurds in Turkey or, indeed, at certain stages, an absence of action to protect Kurds in Iraq from bombing by the Turkish airforce. The second element is the existence, in many cases, of overriding collateral reasons: this was particularly true of the intervention in Panama. The third element is the absence of consent from or even consultation with the very persons who are the supposed beneficiaries of the intervention concerned.

It will be useful to indicate a few other examples of interaction and convergence. All codifications of human rights recognise the right to freedom of thought, conscience and religion. This principle is inevitably in tension with the principle of the equality of men and women in those societies in which certain forms of religious belief deny the equality of women.

Similar problems arise when recognition is given to the rights of indigenous peoples as in the Convention Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries adopted by the I.L.O. in 1989. It is the case that the traditional practices of such peoples may involve rules relating to women and also certain traditional punishments which are incompatible with normal standards of human rights.

A quite different problem of convergence relates to economic development. There are certain experts in development economics who contend that if a country such as India becomes a party to standard-setting Conventions such as the ILO Conventions on conditions of work this would retard the stage at which economic development reaches its critical phase of growth. On this view the implementation of human rights standards is inimical to economic development in societies at a certain stage of development.

The conclusion of this address focuses upon a final but decisive area of convergence. The significance and the roles of human rights must not be allowed to minimise the importance of legality within the national legal systems. The legal systems of State have a complementarity with

international standards of human rights. Each has need of the other. If the State collapses the role of human rights standards is minimised. The Rule of Law within the individual States remains paramount. The successful operation of the international modalities for implementation of human rights standards depends upon the stability of internal systems. This may be a paradox but it is of fundamental importance.

## Resumen

Existen varios instrumentos para la implementación de los derechos fundamentales del hombre. Por un lado, hay tratados internacionales que amparan estos derechos y una de las características principales de los mismos es que su aplicación se realiza normalmente en la jurisdicción de cada país. El sistema legal de cada Estado es el que establece las normas que darán lugar a los vehículos de aplicación. Existe además el Convenio Internacional en Derecho Político y Civil que contiene las previsiones que reforzarán los derechos y asegurarán que esas leyes proporcionen un compromiso de mantenimiento de los tratados fundamentales.

Estos tratados juegan un papel fundamental a pesar de su carácter de «no obligatoriedad». Se citan en este sentido la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y el Acta Final de Helsinki, documentos que demuestran que el impacto normativo no depende exclusivamente del marco legal de cada Estado.

A pesar de todo ello, la ley general y tradicional de cada país tiene gran importancia. En este sentido, cada Estado miembro debe adaptar los derechos fundamentales a su propia norma y en línea con sus obligaciones, a pesar de que, en algunos casos, es difícil invocar los derechos fundamentales en el contexto general de la ley internacional, cuando la previsión de un tratado específico ha sido violado o hay un conflicto que afecta a los derechos humanos del ciudadano de un Estado demandante.

A este respecto posee muchas ventajas el sistema de demandas individuales, cuyo resultado ha sido la Comisión Europea y la Corte Europea de Derechos Humanos, sistemas que funcionan bien pero con ciertas limitaciones. Una de sus mejores contribuciones ha sido el refinamiento de los conceptos clave de los derechos humanos en la esfera legal.

El autor aboga por caminar hacia una área de convergencia en la cual el papel de los derechos humanos no debería restar importancia a la legalidad del sistema nacional. Los sistemas legales de cada Estado son complementarios y cada uno necesita del otro. «Si un Estado colapsa a otro, los derechos se minimizan. Por tanto, el Estado de Derecho dentro de cada país es de máxima importancia. En este sentido, el éxito de implementación de los tratados internacionales depende de la estabilidad de cada sistema interno. Algo paradójico pero de valor fundamental».

# Droits de l'Homme et Pluralisme Culturel: une Perspective Africaine

por **D. Mohammed Bedjaoui**

*Conferencia pronunciada  
el 26 de enero de 1998*

Forum Deusto





## **Droits de l'Homme et Pluralisme Culturel: une Perspective Africaine**

por D. Mohammed Bedjaoui\*

Monseigneur, Evêque de Bilbao,  
Monsieur le Président du Forum, Professeur Alejandro Martinez  
Charterina,  
Monsieur le Directeur de L'Institut des droits de l'homme, Profes-  
seur Jaime Oraa,  
Messieurs et Mesdames les professeurs,  
Cher collègues et amis,

C'est un immense honneur que la prestigieuse Université de Deusto me fait en m'invitant à cet entretien avec vous sur les droits de l'homme dans une perspective africaine. Je remercie vivement les dirigeants de cette belle Université. Je suis particulièrement heureux d'échanger, avec vous qui êtes des spécialistes, quelques idées sur ce thème. Le Président Martinez Charterina vient de m'introduire auprès de vous. Je lui suis reconnaissant de sa généreuse présentation. Je n'ai qu'un seul regret, celui de ne pouvoir m'adresser à vous dans la belle langue castillane.

---

\* Mohammed Bedjaoui nació en Argelia y tras cursar los estudios medios en su país, realizó la enseñanza universitaria en la Universidad de Grenoble, donde obtuvo las licenciaturas de Derecho y de Ciencias Políticas y después el Doctorado en Derecho. Tras unos años de prácticas, participó activamente en el proceso de independencia de su país, como consejero jurídico del Gobierno Provisional de la República Argelina. Desde la independencia ocupó cargos de relieve en el nuevo país, llegando a ser Ministro de Justicia entre 1964 y 1970 y además fue Decano en la Facultad de Derecho de la Universidad de Argel. A partir de ese momento, 1970, fue Embajador de Argelia en Francia durante 9 años, Delegado Permanente en la UNESCO y, a continuación, Embajador y Representante Permanente de Argelia en las Naciones Unidas en New York (1979-82). Desde 1982 y hasta el momento presente es Juez en el Tribunal Internacional de Justicia de La Haya, del que fue Presidente de 1994 a 1997.

Mesdames, Messieurs,

Je ne trouve pas de meilleure façon de commencer cet entretien avec vous que de vous parler d'un homme que je ne connais pas. Son itinéraire personnel m'a en effet semblé révélateur d'un problème fondamental, impossible à contourner lorsqu'on approche la question des droits de l'homme. Ce problème fondamental est celui de la coexistence, ou de la conciliation, entre *universalisme* et *relativisme* en matière de droits de l'homme.

C'est le hasard de la lecture d'une étude sur le *relativisme moral* due à Anne Fagot-Largeau<sup>1</sup> qui m'a fait découvrir cet homme dont je veux vous parler et que je ne connais pas personnellement. Il s'agit d'un professeur de l'Université de Berkeley en Californie. Il s'appelle Paul Feyerabend. Pendant un certain nombre d'années il mit un point d'honneur à refuser avec énergie de faire assimiler le cursus académique dit *occidental* aux étudiants appartenant à des minorités ethniques comme les Mexicains, les Noirs ou les Indiens et Amérindiens. Il estimait que ces descendants des peuples subjugués, asservis, décimés, avaient mieux à faire que d'imiter ou de singer les *valeurs* occidentales, celles de ces hommes blancs qui leur avaient *volé leurs terres, leur culture, leur dignité*<sup>2</sup>.

Le philosophe français, Michel Foucault a soutenu, comme Feyerabend que «L'Homme est mort». L'homme au singulier n'existerait pas, seuls existent *des* hommes situés dans des cultures différentes. Par conséquent si l'homme n'existe pas, et s'il n'existe que *des* hommes, il ne peut alors exister que des déclarations, non pas universelles, mais celles distinctes des hommes blancs, des noirs, des jaunes, du Sud, du Nord, des femmes, des hommes etc... Nous entrons ainsi dans une *galaxie* des droits de l'homme, éclatée vers des horizons divers.

Mais ce même enseignant, dans cette même Université de Berkeley, revisa fondamentalement son jugement quelques années plus tard. Il prêche aujourd'hui avec tout autant de fougue et de conviction pour *l'universalité* de la morale, de la culture humaine et des droits de l'homme. Il enseigne que les *particularités culturelles* de chaque

---

<sup>1</sup> Anne Fagot-Largeau, «Les problèmes du relativisme moral», in *Une même éthique pour tous?*, ouvrage collectif sous la direction de Jean-Pierre Changeux, Comité consultatif d'éthique, Paris, éd. Odile Jacob, 1997, p. 41-58.

<sup>2</sup> Paul Feyerabend, *Farewell to reason*, Londres, Verso, 1987.

peuple *n'ont rien de sacro-saint* qui empêche l'homme d'accéder à la culture universelle<sup>3</sup>.

Vous imaginez sans peine, tout comme moi, ce qu'ont pu être, au fil des années, les luttes intérieures de cet homme en quête de certitudes et de vérité. Vous devinez aisément, tout comme moi, le coût psychologique et spirituel de cette remise en cause radicale et courageuse de son univers intellectuel, au point de parvenir à une re-fondation de ses crédos et de confesser, à travers son enseignement, un itinéraire si contrasté et si troublé. Je ne sais pas si aujourd'hui cet homme a trouvé définitivement sa voie. Je l'espère pour lui et pour ses disciples et ses étudiants.

En tout cas, et c'est la leçon à tirer de ce parcours sinusoïdal, il n'est guère facile de conférer un label de vérité à *l'universalité* des droits de l'homme plutôt qu'au *relativisme* de ces droits, ou vice-versa. Je m'empresse de dire qu'il est non seulement *difficile* de faire un tel choix, mais encore *peu sage* de le faire. Car en effet il semble bien que notre monde devenu un *petit village planétaire*, ne peut survivre et progresser que dans *le respect égal de l'universalité et du relativisme des droits de l'homme*.

Mon propos ici aujourd'hui s'articule autour de trois thèmes:

1. *La signification et les fondements de l'universalité des droits de l'homme ;*
2. *La diversité culturelle et le relativisme des droits de l'homme: le cas de l'Afrique ;*
3. *Les problèmes de conciliation de l'universalité et du relativisme.*

Examinons ces points successivement.

## **I. Fondements de l'approche universelle des droits fondamentaux de l'homme**

Dans le foisonnement de la diversité culturelle des peuples, il n'était nullement aisé d'aboutir à une approche conceptuelle universelle des droits de l'homme.

En dépit des différences ethniques et culturelles entre les peuples, en dépit aussi des variétés et même des oppositions de régimes politi-

---

<sup>3</sup> Paul Feyerabend, *Tuer le temps. Une autobiographie*, traduction française par B. Jurdant, Paris, Seuil, 1996.

ques entre les Etats et des différences de niveaux économiques entre les nations, cette reconnaissance universelle relevait et relève toujours d'un *généreux pari sur l'homme*. Le droit international contemporain pose dorénavant comme *postulat* l'existence d'une conception *universelle* des droits de l'homme, à travers un faisceau de droits affirmés comme *communs* en tous lieux, en tous temps, et constituant selon les termes de la Déclaration universelle de 1948 «l'idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations».

Cette approche n'allait sûrement pas de soi. Le *droit international*, reflet de la politique internationale des Etats, nous avait *séculairement* habitués au contraire à l'usage de la force, à l'intervention, à l'occupation, à la conquête, à l'esclavage, à la colonisation, à la *terra nullius*, aux guerres, au génocide. *C'était donc une victoire de l'homme sur lui-même que d'alimenter l'approche contemporaine* du droit international par l'idée *simple et évidente*, (mais combien difficile et longue à admettre) que chaque être humain est né du sein d'une mère, que *c'est là la commune condition de tous les hommes* et que nous ne pouvons pas méconnaître cette universalité *première et élémentaire* de l'humain, qui souligne *l'unicité* de l'espèce humaine, laquelle implique une nature à la fois *propre* à chaque homme et *identique* à tous les hommes.

Mais comme dans la réalité il n'était pas facile d'affirmer *l'universel* par delà la *diversité* des cultures, il fallait donc rechercher *l'invariant* ou les invariants majeurs. Pour cela il fallait partir de l'identification de l'objet, *c'est-à-dire de l'homme lui-même*, dont on a alors déclaré le droit d'appartenir à une *espèce unique et distincte* du reste du règne animal. On a pu obtenir ce résultat conceptuel, *c'est-à-dire cette unicité* et cette *singularité* de l'humain, en affirmant tout naturellement le postulat de la *dignité* de l'homme.

C'est cette *dignité de l'homme* qui est *l'invariant majeur* à respecter par delà toutes les diversités culturelles. Comme disait le mahatma Gandhi:

«Nous sommes tous taillés dans le même patron; mépriser un seul être humain, c'est mépriser le divin qui est en nous»

Cette découverte contemporaine de *l'unicité* et de la *singularité* de l'homme, comme fondement de ses droits inaliénables en tous temps et en tous lieux, nous rappelle la *grande controverse* développée aux 15<sup>e</sup> et 16<sup>e</sup> siècles déjà chez vous, dans la péninsule ibérique, avant tous

les autres pays d'Europe et dans laquelle s'étaient admirablement illustrés des théologiens —juristes et canonistes comme Vitoria, Suarez et surtout Bartolomeo Las Casas lorsqu'il a bien fallu se rendre à l'évidence que d'une part l'Amérique n'était pas inhabitée et sans maîtres et que d'autre part les prétendus *sauvages* appartenaient bien au genre humain, *vérité qui a fait l'effet d'une explosion atomique dans l'univers mental de l'époque*.

En effet «Christophe Colomb avait affirmé que la découverte des terres nouvelles fournirait à la domination du peuple conquérant un formidable contingent de *nouveaux sujets*. On accueillit cette affirmation comme une hérésie. Elle s'opposait à la paternité exclusive que l'on attribuait officiellement à Adam. Dès lors que les fils de Noé, ses descendants, disait-on, *les seuls exemplaires du genre humain*, qui avaient échappé au Déluge, n'avaient peuplé que des terres connues, on ne pouvait pas admettre qu'il existât des *HOMMES* dans d'autres régions qui ne présentaient avec celles-là aucun rapport ... Mais comme ces êtres, à cause de leurs caractères physiques, ne pouvaient être regardés que *comme faisant partie du genre humain*, l'Eglise (de l'époque) devant ce *fait* indiscutable, changea d'attitude. Ces sauvages étaient des fils d'Adam à n'en pas douter»<sup>4</sup>.

On vit alors, affichée en 1509, dans une île antillaise que les Portugais venaient d'occuper, cette proclamation étonnante:

«Moi, Alphonse de Ojeda, serviteur des très hauts et très puissants rois de Léon, conquérants des nations barbares, je vous notifie et vous déclare de la façon la plus formelle que Dieu notre Seigneur, qui est unique et éternel, a créé le ciel et la terre, et une femme et un homme, dont *vous et moi*, et tous les peuples qui ont existé et qui existeront sur la terre, *sommes les descendants*».

Imaginez donc le caractère extraordinairement *révolutionnaire*, dans le contexte de l'époque, dans la *mentalité* ambiante, de cette déclaration sur l'*unicité* du genre humain! Il ne fallait pas distinguer le *sauvage* du *civilisé* dans leur commune appartenance à un même genre. Pour moi, et je vous prie d'excuser mon hétérodoxie, ce sont les théologiens-juristes de l'Université de Salamanca, ce sont des hommes comme Vitoria, Suarez et Las Casas, qui sont *les pères fondateurs authentiques de l'universalité des droits de l'homme*. Relisez leurs œuvres

---

<sup>4</sup> Rodrigo Octavio, «Les sauvages américains devant le droit», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, La Haye, 1930, I, tome 3, p. 184-185.

où résonnent les clameurs prodigieuses de leur humanisme et vous verrez combien elles sont d'une brûlante actualité.

Aujourd'hui les philosophies, les religions, les morales, reconnaissent toutes, d'une manière ou d'une autre, cette *unicité* du genre humain et *l'éminente dignité de la personne*. Celle-ci est ainsi devenue tout naturellement la base et le fondement de la *liberté fondamentale* de l'homme, notion qui a cheminé douloureusement à travers les guerres exterminatrices et les siècles d'esclavage, pour illuminer enfin notre conscience aujourd'hui. Le contraire de la liberté, c'est-à-dire la domination et l'asservissement, se situe dans une relation antinomique avec la dignité.

Et puisqu'il en est ainsi, c'est qu'il existe donc des droits fondamentaux qui *naissent avec l'homme*, qui sont *consubstantiels* à l'homme, et qui de ce fait sont d'abord *indépendants du temps et de l'espace*, c'est-à-dire non tributaires et non conditionnés par la diversité des cultures locales. Ce sont des droits dont la personne humaine jouit en tant qu'*être vivant*, en cette simple mais éminente qualité, qui est donnée en partage à tous les êtres humains vivants.

C'est dans cet esprit qu'il faut lire la déclaration d'indépendance des Etats-Unis lorsqu'elle proclame que «tous les hommes ont été CREES égaux et ont été dotés par le Créateur de quelques droits INVIO-LABLES et en tout premier lieu du droit à la VIE, à la liberté et à la recherche du bonheur».

Dès lors, la conséquence de cette approche qui nous a mené deux fois à la *découverte* de l'Amérique (la première avec Las Casas et la seconde avec l'indépendance des Etats-Unis), est que les droits de l'homme ne peuvent être qu'antérieurs à la formation de la société et non l'inverse. Ce sont les *droits premiers* de l'être vivant qui font de la société ce qu'elle est, c'est-à-dire une société *humaine* précisément. Dire que ces *droits premiers de l'homme* sont antérieurs à la création de la société, c'est également dire qu'ils sont *indépendants* de toute forme politique que prend cette société, c'est-à-dire qu'ils sont indépendants et même, à tous égards, *supérieurs* au pouvoir de l'Etat créé par cette société.

De ce point de vue on peut même être fondé à affirmer que les droits fondamentaux universels de l'homme possèdent un caractère *méta-juridique*. Incontestablement le droit à la vie paraît, dans sa reconnaissance universelle, comme indépendant aussi bien du droit international que du droit interne de l'Etat. *Il est préexistant au droit*, il

*précède le droit.* En ce sens il est un droit *primaire* ou un droit *premier* consubstantiel à l'homme. La conséquence logique de ce *droit à la vie* c'est le droit pour tout être vivant d'assumer sa propre *subjectivité*, c'est-à-dire de vivre à sa *manière librement et sans contrainte*, ce qui ouvre aux droits de l'homme des perspectives vastes et considérables.

Voilà donc pour l'*universalité* des droits de l'homme. Cherchons maintenant à savoir comment agit sur ce fond, sur ce décor global le *relativisme* des droits de l'homme secrété par la *diversité des cultures* nationales. Allons plus spécialement à la rencontre de la *Weltanschauung* africaine, de la cosmogonie africaine.

## II. Le relativisme des droits de l'homme comme conséquence de la diversité des cultures. Le cas africain

Nous savons que dans notre monde pluraliste marqué par la diversité des cultures, chaque société humaine bâtit son éthique et son respect des droits de l'homme, comme *produit* de son histoire, de ses traditions, de sa terre et même de sa géographie. Nous savons depuis toujours combien ce domaine culturel est frappé du sceau de la *relativité*. C'est Blaise Pascal déjà qui nous disait que ce qui est «vérité en deça de Pyrénées (était) erreur au-delà». Pardon pour vous qui êtes au-delà. Dans son œuvre *Les Pensées*, dont les pages n'ont pas jauni, il écrivait: «On ne voit rien de juste ou d'injuste qui ne change de qualité en changeant de climat». De son côté, *Montaigne*, dans ses *Essais*, observait que: «Ici on vit de chair humaine; là c'est office de piété de tuer son père en certain âge; ... ailleurs les vieux maris prètent leurs femmes à la jeunesse pour s'en servir». Et «Le goût des biens et des maux dépend en bonne partie de l'opinion que nous avons». Beaucoup plus près de nous, les spécialistes de «*anthropologie culturelle* nous ont aujourd'hui familiarisés avec la thèse de la *variabilité des normes éthiques* d'une société à l'autre.»

Pour apprécier la place des particularismes culturels et du relativisme des droits de l'homme, il faut partir des sociétés humaines *telles qu'elles sont*. L'homme est *situé* et marqué par son milieu. L'universalité conceptuelle subit donc inévitablement l'épreuve d'un défi permanent, celui des *contingences* locales, produits de la diversité culturelle.

Certaines de ces spécificités nationales sont bénéfiques, car l'uniformité est mortelle pour les droits de l'homme et du reste *le droit à la*

*différence* compte au nombre de ces droits consacrés. D'autres *continences* sont plus contrariantes. Ainsi une lecture positive et utile des droits de l'homme, tant pour la réflexion que pour l'action, est impossible sans une référence simultanée à ce qu'ils sont et à ce qu'ils doivent être, c'est-à-dire au pluralisme qui les caractérise et à l'universalisme auxquels ils aspirent. Diversité culturelle et universalité se servent mutuellement de référentiels dans une telle lecture.

Mais bien des problèmes percent sous cette affirmation. L'universalité des droits de l'homme se conçoit dans leur *indivisibilité*, leur *indépendance* et dans le *rejet de toute hiérarchie* entre eux, aucune liberté ne paraissant en principe moins importante, moins prioritaire ou plus sacrificable qu'une autre.

Et pourtant un simple regard sur le vécu des hommes montre que la riche palette de leurs droits n'éclate pas de toute la vivacité de ses couleurs, uniformément et globalement dans chaque société humaine. Universalité et diversité s'analysent apparemment comme contradictoires et irréductibles. Le premier problème est donc leur conciliation.

Dans beaucoup de pays africains, les libertés individuelles ne peuvent pas prendre leur plein sens aussi longtemps que d'autres droits, qui leur paraissent prioritaires, ne sont pas satisfaits: droit à la vie, au travail, à la nourriture, à l'éducation. Il serait par exemple incongru et surréaliste de réclamer la libre diffusion de la presse internationale, au nom du droit à l'information, comme un remède au dénuement de l'Africain du Sahel affamé et analphabète. Le *primum vivere, deinde philosophari* des Anciens possède ici toute la force de sa vérité.

Outre leur sous-développement économique, les sociétés africaines se caractérisent par leurs *traditions communautaires* dans lesquelles un prix plus grand est attaché à la satisfaction des droits collectifs qu'à celle des libertés individuelles. En Afrique en général, l'individu est peu de chose dans le groupe social, comme en témoigne le dialogue suivant engagé au cours d'une cérémonie d'initiation d'un jeune Mandingue:

- «— Qui es-tu? lui demande son initiateur.
- Je suis terre et eau, répond-il, je suis terre et eau, *plus* quelque chose que je dois transmettre, quelque chose qui me lie à ceux d'hier, à ceux d'aujourd'hui, à ceux de demain...
- Qui es-tu? lui répète son initiateur.
- Je ne suis rien sans toi, répond-il. Je ne suis rien sans toi. Je ne suis rien sans eux. En arrivant, j'étais dans leurs mains. Ils étaient là pour m'accueillir. En m'en allant, je serai dans leurs mains. Ils seront là pour me reconduire.»



Il n'est donc pas concevable que des sociétés de traditions communautaires aussi fortes et de carence alimentaire aussi persistante, comme les sociétés africaines, puissent avoir la même vision de besoins et la même perception des urgences en matière de droits de l'homme.

Dans les sociétés occidentales le plus cher est la liberté, car ces sociétés sont, globalement, assez avancées sur le plan matériel pour avoir déjà garanti à la majorité des leurs le substrat économique et social de cette liberté. Ces sociétés occidentales ont par ailleurs tendance à privilégier les expressions individuelles des droits de l'homme car le niveau de confort économique atteint, pousse chaque membre à le protéger par un mode de vie individualiste.

Est-ce à dire que les droits de l'homme sont à *géométrie variable* du nord au sud? Il est difficile de répondre à cette question de manière tranchée. Tout ce que l'on peut affirmer, c'est qu'on ne peut pas faire abstraction de certaines réalités.

Ces réalités nous montrent que la perception, la jouissance et l'espérance des droits humains ne sont pas uniformes à travers le monde. Elles sont conditionnées par des facteurs spécifiques divers d'ordre historique, culturel, social ou économique. *Certains facteurs sont favorisants* et servent comme un fixateur chimique pour recevoir tous les droits de l'homme. *Les autres facteurs*, tels que le sous-développement qui peut les résumer tous, sont au contraire *freinants et réducteurs* des droits de l'homme.

En bref, avoir le réalisme de prendre les sociétés humaines telles qu'elles sont, ce n'est donc pas pratiquer l'immobilisme en matière de politique des droits de l'homme et conditionner l'exercice effectif de ceux-ci par des contingences propres à chaque groupement humain. C'est au contraire observer que certaines sociétés déterminées, bénéficient de divers facteurs économique-culturels qui facilitent l'épanouissement des droits de l'homme. Dans le même esprit, cela signifie aussi que les *facteurs socio-économiques bloquants* en matière de droits de l'homme ne doivent pas être regardés *comme définitifs ou insurmontables* et qu'ils doivent appeler des actions en vue de leur éradication.

En d'autres termes, chaque société interne et chaque catégorie sociale en son sein, vivent des *moments* différents tant dans la réalisation que dans les aspirations en matière de droits de l'homme. Il y a ceux qui sont libres de manière effective, j'allais dire ceux qui sont «plus égaux» que d'autres. Mais il y a aussi ceux qui revêtent la livrée du dur

labeur et ceux qui, privés du minimum économique vital, vivent la déchéance de leur inutilité humaine. *Chaque homme, chaque communauté récite les droits de l'homme avec son propre accent*, en fonction tant de ses acquis que de ses besoins, à la lumière de ce qu'il attend et avec sa propre perception changeante du prix qu'il attache au droit de l'homme à revendiquer ou au droit de l'homme à préserver.

Le petit *planteur de café de Tanzanie* ruiné dans ses espoirs de bonne commercialisation de sa modeste récolte, *la femme de la brousse malienne* en quête de brindilles pour son feu, d'eau pour sa marmite et de tubercules pour sa cuisine, *le réfugié rwandais* victime d'une guerre fratricide atroce et qui a tout perdu jusqu'à lui-même, *l'infra-humain, mort-vivant*, de Sierra-Leone qui dispute sans force des reliefs de nourriture à un univers de bestioles, ne font sûrement pas les mêmes rêves, sur le chapitre des droits de l'homme, que le métallurgiste russe, le docker de Liverpool, le professeur de Strasbourg, le financier d'Osaka, le négociant céréalier de Winnipeg, le chômeur français ou le chercheur scientifique de Berkeley.

En bref, chaque peuple et chaque catégorie sociale sont travaillés par *des priorités qui leur sont propres*, comme produits de leur histoire et de leurs préoccupations immédiates. Chaque *peuple*, chaque *catégorie* sociale, et même chaque *génération* d'un même peuple, est «*situé*» dans l'histoire, avec ses espérances distinctes et diverses et souvent avec des divergences en ce qui concerne l'attente de l'avenir. *Chacun définit diversement le contenu des droits de l'homme dont il jouit ou auxquels il aspire.*

Dès lors, les modalités de la réalisation de ces droits ne peuvent que grandement varier. De fait les Droits de l'homme ne sont jamais concrétisés en dehors de contextes historiques et politico-économiques *d'une grande variété*. Ils se réalisent au rythme lent des mœurs et des modes de vie. Le contexte historique et les spécificités sociales nationales influent donc beaucoup sur l'interprétation à donner au contenu des droits de l'homme. Il faut tenir compte *simultanément et conjointement de l'unicité du genre humain et de la diversité des cultures*. De toute évidence cela crée des tensions entre «l'absolu des droits de l'homme» et le «conditionnel des Etats» comme le déclarait René Cassin.

C'est dire tout ce qu'a de dérisoire et d'illusoire la tendance politique consistant à conditionner les rapports économiques ou l'aide économique par le respect des droits de l'homme et la mise en œuvre de

la démocratie libérale. Les droits de l'homme ne se décrètent pas. Sur-tout ils ne se décrètent pas de l'étranger. *Ils ne sont pas importés à l'instar d'une marchandise pour être plaqués comme une prothèse inerte sur un corps social vivant.* Les droits de l'homme sont le produit, ou la résultante, de combats internes dans lesquels tout ce qui fait avancer une société humaine sur les plans économique, social et politique compte beaucoup.

Voyons maintenant s'il est possible d'articuler harmonieusement l'*universel* et le *particulier* ou le *relatif* africain, en matière de droits de l'homme. C'est la troisième phase de cet entretien.

### III. Les conditions d'une harmonisation entre universalité et diversité

Le foisonnement conceptuel venu de toutes parts pour aboutir à l'universalisation des droits de l'homme, n'est cependant pas encore parvenu à mettre clairement et définitivement *en perspective* l'ensemble de la construction. La marche vers l'universalité doit s'entendre non seulement au sens *géographique*, mais aussi au sens *matériel*, c'est-à-dire quant au *contenu* des droits de l'homme et à leur inventaire précis.

Le problème alors est de savoir comment réduire au maximum ou surmonter les tensions entre l'absolu des droits de l'homme et le conditionnel des Etats. Pour éliminer ces tensions et établir une relation dynamique et surtout harmonique entre *universalité* et *diversité*, c'est-à-dire entre des *invariants majeurs* et des *variables dépendantes*, il conviendrait d'aller à la recherche du plus grand dénominateur commun entre cette universalité et cette diversité.

C'est le résultat que l'on obtient en distinguant dans la riche palette des droits de l'homme certains droits considérés comme fondamentaux, c'est-à-dire certains droits irréductibles conçus comme noyau dur ou standards minimaux que toutes les cultures respectent. Quel que soit le type de société, quelles que soient les circonstances ou les contingences, toute société humaine, pour mériter précisément sa qualification d'*humaine*, c'est-à-dire pour rester fidèle à son caractère *distinctif* dans le monde du vivant, doit respecter un minimum de valeurs universellement admises, c'est-à-dire reconnues par l'ensemble des cultures et constituant une dimension irréductible du genre humain. Indépendamment de son origine, de son milieu et de sa condition sociale dans le groupe auquel il appartient, l'homme porte en lui

*un certain nombre de droits inhérents à sa personne, impossibles à transgresser sans du même coup altérer l'essence humaine. Cela, l'Africain, l'Européen, l'Asiatique, l'Américain le savent. C'est ainsi que le respect de la vie, l'obligation d'aider et de protéger le faible, les devoirs envers les générations futures, représentent le noyau éthique minimal à respecter comme valeurs communes et inaliénables.*

Est-ce à dire que le reste des droits de l'homme n'est d'une observance que *facultative*? Sûrement non ! Ces autres droits reçoivent leur expression selon le génie propre de chaque nation, mais sans s'éloigner *sensiblement* ni *durablement* de ce qui est la norme idéale universelle, ni dévier d'une manière telle que la société considérée ne se retrouve plus dans son *miroir de respectabilité*.

Le schéma de conciliation évoqué ainsi entre universalité et diversité n'est pas facile à atteindre ni à conserver. Il est en équilibre sans cesse changeant. Deux dangers latents le guettent spécialement. Il s'agit de l'expression des droits de l'homme soit *par excès*, soit *par défaut*. Le premier danger guette les sociétés matériellement et culturellement très avancées, le second les sociétés en retard de développement.

Et d'abord *le danger par excès*. Il prend forme avec *l'éthnocentrisme*. Et celui-ci a deux visages ou deux expressions.

La première est constituée par ce que j'appellerais un *message offensif* dont l'auteur a la prétention de faire le bonheur des autres à sa propre image. Chaque société humaine adresse au monde un message d'autant plus présent qu'elle est matériellement puissante. C'est une réalité que le message sur les droits de l'homme délivré par telle région du Globe économiquement très avancée et politiquement omniprésente, est de ceux qui ont compté et qui comptent dans la définition des valeurs universelles. Mais la rançon est que l'auteur du message n'évite que difficilement les pièges de l'éthnocentrisme culturel et idéologique. Comment pourrait-il s'en débarrasser alors même que nous sommes tous victimes de notre habitude de voir les autres à travers nos propres systèmes de références?

Dès lors, le phénomène de *domination* culturelle ambiante exprime le fait que ses artisans considèrent, consciemment ou inconsciemment, que ce qui est bon pour eux, ne peut être que bon pour la planète tout entière. Le message national dominant a la naturelle propension de se vouloir universel, et surtout exclusif de tout autre. En matière de droits de l'homme, il érige en absolu ce qui n'est que particulier et relatif.

L'on débouche alors sur un credo idéologique des droits de l'homme et sur une lecture politisée de ceux-ci.

Dans le message libéral occidental des droits de l'homme, un double postulat politique est d'emblée érigé, et selon lequel d'abord tout système politique *autre* que le libéral est intrinsèquement incapable de promouvoir les droits de l'homme, et ensuite que seul le système libéral est par contre en mesure d'assurer la réalisation de ces droits. Dans cette vision, la promotion des droits de l'homme ne peut se réaliser concrètement qu'avec l'instauration de régimes politiques libéraux dans le monde entier.

Il existe un *deuxième danger*. Au message éthnocentriste de certaines sociétés humaines, fortes matériellement et culturellement, s'ajoute en effet le message, à certain égards plus préoccupant encore, de certaines entreprises commerciales transnationales qui, animées par la seule logique de la puissance et du profit, disqualifient l'idée même de l'homme, ramené par elles à sa seule dimension de consommateur. Dans leur stratégie économique planétaire pour la maîtrise du marché mondial, les sociétés multinationales parviennent largement à conditionner les besoins de l'homme, à uniformiser ses goûts, à standardiser ses habitudes de consommation. Le monde subit ainsi une culture ambiante uniformisante, avec un style de vie standardisé, observable dans le vêtement, la musique, la boisson, l'art culinaire ou les loisirs. C'est là une mise en condition planétaire des hommes en vue d'obtenir le niveau et l'uniformisation de leurs réflexes de consommateurs.

Le message culturel frelaté délivré au monde par les sociétés multinationales, frappe d'une sorte de *capitis deminutio* tous les hommes réduits à de simples *tubes digestifs*. Et comme vous le devinez aisément, on passe insensiblement du prêt-à-manger, ou du prêt-à-porter, au prêt-à-penser. Cette acculturation frappe toutes les sociétés humaines du globe, tous systèmes politiques confondus. Mais l'Afrique en souffre probablement plus sur le plan de ses identités culturelles et sur celui de son développement. Les sociétés multinationales poussent les pays sous-développés d'Afrique ou d'ailleurs à adopter des stratégies, des schémas et des méthodes de développement propres aux pays industrialisés, et donc pas nécessairement adaptés à leurs besoins véritables. Par une publicité intensive, ces multinationales modifient la structure de la consommation des pays pauvres, leur créent des besoins superflus, implantent chez eux les habitudes de consommation des pays riches et leur inculquent des valeurs culturelles étrangères uniformisées.

Dans les pays de la faim, ou de la malnutrition, cette *civilisation du tube digestif* qui privilégie la super-consommation frivole et coûteuse d'une élite au détriment de la satisfaction des besoins les plus élémentaires de la majorité souffrante des peuples, constitue par elle-même une atteinte à l'éminente dignité de l'homme.

Mais il y a de l'autre côté *un autre danger*, celui qui met en cause cette fois les pays africains et que j'ai appelé le *danger par défaut* (par opposition au *danger par excès* que je viens d'évoquer). En Afrique, on prend souvent pour prétexte le sous-développement pour ignorer les droits de l'homme les plus élémentaires. Dans un certain nombre de régions africaines, on renvoie à plus tard la réalisation effective des droits de l'homme, une fois le sous-développement vaincu. On promet ainsi aux peuples souvent des lendemains chantants qui ne sont que des lendemains grinçants, ajoutés à la grisaille du présent.

Ce second danger pour les droits de l'homme, qui traque les sociétés africaines sous-développées, est à l'image de cette longue et frustrante attente décrite par Buzzati dans son œuvre le «*Désert des Tartares*». Le danger qui guette l'Afrique est de renvoyer au lendemain l'exercice des droits civils et politiques et en fin de compte de les occulter pernicieusement et durablement.

Il est vrai que la jouissance et surtout l'exercice effectif de ces droits nécessitent la réunion de certaines conditions économiques. Mais l'occultation de ces droits est précisément d'autant plus facile que le substrat économique nécessaire à leur épanouissement authentique fait défaut dans le contexte du sous-développement.

Il faut donc craindre la dérive quasi-irrésistible des régimes, qui, même lorsqu'ils sont courageusement engagés dans la lutte contre le sous-développement, renvoient aux calendes grecques la réalisation des libertés en invoquant les contraintes et handicaps de leur retard économique. L'exercice concret des droits économiques et sociaux ne doit pas être une condition suspensive pour la satisfaction des droits civils et politiques.

La quête du développement ne doit pas exonérer la société africaine du respect des droits civils et politiques, qui sont une composante nécessaire du *développement intégré* de tout l'homme. On observera au passage que l'obligation qui pèse ainsi sur les pouvoirs publics en Afrique, et en général dans le tiers-monde, est beaucoup plus drastique et plus lourde, comparée à celle qu'assument, dans leurs sociétés

respectives, les gouvernants des pays avancés, affranchis par hypothèse de toutes les pesanteurs du sous-développement.

Je vois encore un autre danger couru par l'*homme africain*. Des gouvernants ont pu se livrer à d'effrayantes *dérives* des droits de l'homme, en se cachant derrière des slogans tels que la recherche de l'*authenticité* chère à Mobutu et destinée à reconstituer le puzzle d'une identité éclatée. Le danger est là, d'une revendication du *droit à la différence* qui ne sert ici en réalité que comme un *rempart pour le conservatisme*, ou pour la tyrannie.

#### IV. Que dire maintenant pour conclure?

Aujourd'hui pour le meilleur et pour le pire, les droits de l'homme sont l'objet de confrontations. Personne n'est peut-être complètement innocent, ni bien sûr celui qui viole les droits de l'homme, ni même peut-être celui qui le critique. Beaucoup croient d'ailleurs honorer les droits de l'homme en se bornant à en dénoncer la violation chez les autres.

Les combats généralement justes, mais parfois douteux, que suscitent dans le monde les droits de l'homme, montrent souvent notre générosité mais aussi nos ruses, notre grandeur mais aussi nos petits calculs, nos consciences exigeantes mais aussi nos complaisances, nos déclarations solennelles mais aussi nos lieux communs, nos discours élevés, mais aussi notre rhétorique creuse.

Dans notre action dans le domaine des droits de l'homme, nous disposons aujourd'hui d'un pouvoir aux limites sans cesse reculées. Les moyens d'information en particulier sont un vecteur d'une immense portée en ce domaine. L'information moderne est en train de *révolutionner* tous les rapports sociaux entre nations, entre groupes, entre classes et entre individus. Elle sonne aussi une nouvelle perception de *l'espace mondial* et la terre apparaît comme un petit village planétaire où le coup de crosse asséné par un soldat ou un policier sur le visage d'un adolescent au Chili résonne douloureusement dans la tête de cinq milliards d'hommes. Le choc des images et le poids des mots rendent très proche et donc insupportable toute violation des droits de l'homme. Des campagnes méthodiques souvent bien réussies, éduquent, sensibilisent et rendent plus vigilante une opinion publique internationale dont la capacité de réprobation est redoutée par les Etats.

Les *mass media* ont fait beaucoup pour l'Afrique, en mobilisant l'opinion mondiale jadis pour les réfugiés d'Ethiopie, ou naguère pour l'affaire de Somalie, ou hier pour le génocide au Rwanda, aux deux Congos, etc ...

Mais mobiliser en informant reste toujours une mission difficile. La communication, dès lors qu'elle est en relation avec le pouvoir de l'argent et celui de la politique, ne parvient pas à demeurer transparente. Elle est suspecte parfois. Il existe un puissant et compact oligopole des agences d'information, dominé par quelques multinationales, aggravé par divers phénomènes tels que l'accaparement des orbites géo-stationnaires, avec une absence complète de l'Afrique et du Tiers-monde en général. L'échange culturel est inégal et les flux internationaux dans les domaines de la culture, de l'information et de la communication sont caractérisés par d'évidents déséquilibres. Dès lors on privilégie parfois les événements devenus, nullement par hasard, de véritables vedettes de l'audio-visuel et des media. Certains espaces sont ignorés, alors que d'autres bénéficient du vedettariat; certains thèmes sont occultés, pendant que d'autres sont porteurs.

Bref, s'il faut compter *sur* les media, il faut compter aussi *avec* eux, pour mener de la manière la plus objective et la plus déterminée possible, une croisade planétaire contre les violations des droits de l'homme et le raffermissement de l'universalisation des plus fondamentaux d'entre eux.

Je finis par un vœu. Pussions-nous *toujours* prendre *tous* le recul historique suffisant, et cultiver la sérénité nécessaire, pour comprendre que le salut de l'ensemble du genre humain réside *dans la tolérance et la fraternité* et pussions-nous toujours nous souvenir du message éternel de Sophocle lorsqu'il affirmait qu'il existe dans l'Univers de nombreuses merveilles, mais que la plus belle de toutes est l'homme!

## Resumen

El texto aborda tres temas principales. Por un lado, el significado y los fundamentos del carácter universal de los Derechos del hombre, considerando que la universalidad de estos derechos encuentra su justificación en el hecho, común a todas las culturas del mundo, de que es la dignidad del hombre la que es más invariable. La afirmación de la especificidad y de la singularidad de lo humano con relación al reino animal conduce naturalmente hasta la afirmación del postulado de la dig-



nidad humana. Se cita en este sentido la aportación conceptual de los teólogos españoles de los siglos xv y xvi como Vitoria, Suárez y Bartolomé de Las Casas, y la de la Universidad de Salamanca.

En la segunda parte del texto se realiza un análisis de la diversidad cultural del mundo y del relativismo que resulta en materia de Derechos del hombre, con especial relación al caso del continente africano. Se insiste sobre el hecho de que el hombre está siempre «situado», es decir que está marcado por su *medio*. Así, la universalidad conceptual de los Derechos Humanos está sometida inevitablemente a un desafío permanente que tiene que ver con las contingencias locales, producto de la diversidad cultural. En el caso de Africa, un continente marcado por la existencia de sociedades humanas fuertemente comunitarias (y no individualistas), y por un déficit alimentario y grandes carencias sanitarias, los derechos del hombre dependen de estos problemas sociales. En suma, el impacto del subdesarrollo africano se sitúa sobre los Derechos Humanos.

Finalmente se concluye que el problema principal de nuestro tiempo sería la reconciliación entre la universalidad de los Derechos del hombre y la diversidad de la culturas, concretando que la promoción de los Derechos del hombre implica una lucha incesante, siempre renovada.



# Los derechos humanos y la teología desde la perspectiva de las víctimas

**por D. Jon Sobrino**

*Conferencia pronunciada  
el 3 de marzo de 1998*

Forum Deusto



# Los derechos humanos y los pueblos oprimidos. Reflexiones histórico-teológicas

por D. Jon Sobrino\*

## Introducción: la paradoja

En esta conferencia quisiera hacer algunas reflexiones sobre el problema de los derechos de los pueblos oprimidos en el contexto del L Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Con ocasión de esta celebración es justo celebrar los avances que la humanidad ha realizado en materia de derechos humanos, frutos de reivindicaciones históricas, y su continuo desarrollo, de modo que se puede hablar ya de diversas generaciones de derechos humanos. En El Salvador conocemos muy bien la importancia de estos avances, aunque sea *sub specie contrarii*, pues durante largos años de opresión y represión se han violado los derechos más fundamentales del ser humano por lo que toca a la vida, a la seguridad y a la libertad, y quienes los han defendido han pagado un alto precio. Marianella García Villa y Herbert Anaya Sanabria, directores, ambos, de la Comisión de Derechos Humanos no Gubernamental, fueron asesinados en 1983 y 1987. El padre Segundo Montes, S. J., director del Instituto de Derechos Hu-

---

\* Jon Sobrino ingresó en la Compañía de Jesús en Orduña apenas terminado el Bachillerato. En 1975 fue destinado a El Salvador. Realizó sus estudios en el extranjero, la Licenciatura en Filosofía y la Maestría en Ingeniería Civil en la Universidad de San Luis en Missouri, y obtuvo su Doctorado en Teología en Frankfurt. Ordenado sacerdote en 1969, se instala de forma permanente en El Salvador en 1974, e imparte sus clases de teología en la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (UCA). Es de destacar que fue colaborador y amigo de Monseñor Oscar Romero y de los jesuitas mártires de la UCA. En la actualidad es Director del Centro Monseñor Romero de la UCA, Codirector de la Revista Latinoamericana de Teología y Director de «Cartas a las Iglesias». Sobrino colabora habitualmente en revistas, ha publicado numerosos libros.

manos de la UCA, fue asesinado en 1989. Y muchos otros que trabajaron por la defensa de la vida murieron también asesinados, desde Monseñor Romero al P. Ignacio Ellacuría.

No vamos a insistir, pues, en lo positivo y necesario que hay en el desarrollo teórico de los derechos humanos, en el avance en la legislación en esa dirección y, sobre todo, en el respeto real de ellos. Pero sí queremos mencionar una paradoja, que, vista desde pueblos como El Salvador, resulta chocante y, en definitiva, escandalosa. Esta consiste en que hay avances en la teorización y formulación de los derechos humanos, sobre todo de los derechos individuales; pero visto el mundo en su totalidad, y teniendo en mente la vida de los pueblos y de las grandes mayorías, la situación real de esa vida no mejora al ritmo de los avances teóricos. Y a veces no sólo no mejora a ese ritmo, sino que incluso empeora. Peor aún, los derechos humanos universales pueden convertirse en normatividad absoluta abstracta, que no está en favor de las mayorías populares y de los países del tercero y cuarto mundo. Incluso pueden defender veladamente lo adquirido o adquirible por los más fuertes. Así lo afirmaba I. Ellacuría en un curso que dio en 1989, poco antes de su asesinato:

El problema de los derechos humanos es un problema no sólo complejo, sino ambiguo pues en él no sólo confluye la dimensión universal del hombre con la situación real en la cual desarrollan su vida los hombres, sino que propende a ser utilizado ideológicamente al servicio no del hombre y de sus derechos, sino de los intereses de unos u otros grupos.

Para evitar esos graves peligros, Ignacio Ellacuría exigía una adecuada historización de los derechos humanos y pedía a los estudiosos teorizarlos a partir del tercer mundo y sus pueblos, así como la teología de la liberación lo había hecho con temas teológicos, al tratar —desde la realidad del tercer mundo— del Dios de la vida, de la Iglesia de los pobres, de la salvación como liberación...

A esto quisieran ayudar, modestamente, estas reflexiones, analizando los derechos humanos desde la perspectiva de los pueblos oprimidos. En una primera parte, analizaremos dos elementos importantes de lo que, en sentido amplio, podemos llamar la *epistemología* fundamental para reconocer los derechos de los pueblos oprimidos: (1) saber escuchar el clamor de las víctimas y (2) despertar del sueño de inhumanidad en que queda sumida la conciencia colectiva. Lo primero aparece con claridad en la situación del *pueblo de Israel* en el éxodo —impor-

tante por ser el momento fundante de la tradición bíblica (no muy presente en la tradición occidental). Lo segundo aparece también con claridad en lo ocurrido en el siglo XVI a los pueblos indígenas latinoamericanos y la reacción de La Española —importante porque determinó en buena medida la historia de Occidente y su ambigua tradición de derechos humanos. En una segunda parte analizaremos la realidad actual como realidad de pueblos crucificados, que expresan la verdad última de la situación de los derechos humanos, su cuestionamiento y la dirección que éstos deben tomar para ser derechos de toda la familia humana, no sólo de individuos, grupos o países.

Para terminar esta introducción insistimos en que abordamos los derechos humanos como aquello que remite a un ámbito globalizante de la realidad. No analizaremos, por lo tanto, el contenido concreto de lo que hoy se entiende convencionalmente por «derechos humanos». Dando esto por sentado, nos centramos en lo más abarcador y central: «el problema radical de los derechos humanos es el de la lucha de la vida en contra de la muerte, la busca de lo que da vida frente a lo que la quita o da muerte». Veamos lo que podemos aprender sobre ello desde el éxodo y La Española.

## **1. La experiencia primaria: escuchar el «clamor de las víctimas»**

Es evidente que sin institucionalización de los derechos humanos la experiencia primaria ante la realidad de las víctimas —indignación y compasión— se torna ineficaz. Pero, a la inversa, sin esa experiencia primaria no se pone en marcha el proceso de reconocer lo que es debido a los humanos; y, además, si no se mantiene esa experiencia original a lo largo del proceso, los derechos humanos quedan amenazados por graves peligros: abstracción ineficaz y manipulación en favor del fuerte en contra del débil. Por eso comenzamos con la experiencia primaria.

Los seres humanos, el menos en lengua castellana, hemos fraguado la expresión «¡no hay derecho!». Con ello expresamos un radical no deber ser, cuyo origen no proviene de cotejar la realidad con alguna normativa, sino de captar lo indebido que se hace a unos seres humanos por parte de otros. Y tampoco proviene sólo, aunque éstas lo presupongan, de reivindicaciones históricas por alcanzar algún derecho que todavía no hubiera sido reconocido. A la base de la experiencia de los derechos humanos está un hecho más primario: la masiva existencia de víctimas.

## 1.1. *El éxodo: dialéctica y parcialidad desde las víctimas*

Primera proposición: El contenido de los derechos humanos se descubre, dialécticamente, desde su violación en las víctimas. Esos derechos expresan, ante todo, las necesidades básicas de la vida y de la supervivencia; son derechos de todo un pueblo; hay que trabajar por ellos y defenderlos activamente, y, por ello, hay que enfrentar a quienes los conculcan.

a) La dialéctica: los derechos negados, el clamor de las víctimas. La Biblia no usa terminología ni conceptualización de derechos humanos en el sentido moderno, ni conoce varios de ellos, pero sí exige el cumplimiento del derecho fundamental a la vida y denuncia con vigor sus violaciones, como lo muestra la tradición profética. Lo importante para nuestro propósito es saber cómo surge la experiencia primaria de que algo se le debe al ser humano; en otras palabras cómo fundamenta la Biblia dichos derechos. Y la respuesta nos parece importante hasta el día de hoy.

Pues bien, la reflexión sobre lo que es debido al ser humano comenzó al captar lo que se hace con él indebidamente, es decir, a través de la captación de su contrario. Esa reflexión comenzó con lo ocurrido en Egipto —sea cual fuere su factualidad—, el acontecimiento fundante para Israel. Varios siglos después de los hechos, el autor del relato lo formula así: «Bien vista tengo la aflicción de mi pueblo en Egipto y he escuchado su clamor en presencia de sus opresores; pues ya conozco sus sufrimientos. He bajado para librarle de la mano de los egipcios y para subirle de esta tierra a una tierra que mana leche y miel» (Éx 3, 7–8).

Todo comienza, pues, con unos clamores. Dios (o Moisés) escucha clamores de seres humanos, condena el hecho de que unos seres humanos sean oprimidos por otros, es movido a compasión, baja a liberarlos, enfrenta y anula al faraón. En lenguaje religioso se expresa aquí la experiencia primordial: el «no hay derecho» y la reacción práxica «he bajado a liberarlo». Y el texto lo expresa claramente: Dios (o Moisés) reacciona porque la realidad es inhumana en sí misma, no porque se haya violado una legislación previa o alguna prescripción suya, ni porque los isarelititas puedan apelar a ellas.

Esto quiere decir que el pueblo de Israel no fundamentó los derechos humanos esencial y universalmente, sino histórica y dialécticamente. Es cierto que en la Biblia se asientan también, de hecho, las bases para tal fundamentación universal —«todos los seres humanos han sido creados a imagen de Dios» (Gen. 1, 27)—, como aparece en el re-



lato de la creación, pero ése viene después. Ese modo de argumentar a partir de la proveniencia del ser humano es semejante a la argumentación de la Declaración Universal: «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos» (Art. 1). Esto es bueno y necesario, pero no hace superflua la experiencia original, sino todo lo contrario: ésta debe estar presente en el proceso de universalización.

Hemos recordado que los derechos humanos se captan dialécticamente —a partir de la conculcación de lo humano— porque sigue siendo fundamental hasta el día de hoy, aun cuando en nuestro mundo ya existan declaraciones de derechos humanos. Y decimos que es fundamental porque ese mismo mundo pretende muchas veces, de formas burdas o sutiles, que no aflore o se sofoque el «no hay derecho», que es lo que pone en marcha todo el proceso. Es evidente que hay una gran tragedia en los Grandes Lagos, en Argelia, en Timor del Este, pero ni su captación ni su solución dependen, en lo esencial, de cotejarla con las declaraciones de los derechos humanos, sino de la indignación y compasión ante la tragedia en sí misma. Sobre ello volveremos en la segunda parte, pero digamos ya desde el principio que para hacer la experiencia primaria es necesario estar en la realidad de las víctimas, como lo dice el canto de los negros esclavos: «Were you there when they crucified my Lord?». Fuera de ese lugar, en cuanto realidad sustancial, no sólo en cuanto ubi categorial, con dificultad se captará lo que son víctimas y lo que son derechos.

b) La parcialidad: la primacía de las «víctimas» sobre el «todo». Ya hemos dicho que en los derechos humanos todo comienza con víctimas, no simplemente con seres humanos. Pues bien, desde ellas Israel insistió en la parcialidad, como hermenéutica, diríamos hoy, para comprender el todo de la realidad.

Desde ellas definió a Dios desde una perspectiva parcial. «Padre de huérfanos y viudas eres tú», dice el Salmo 68, 6. La verdadera confesión Dei de Israel consiste en la aclamación: «en ti el huérfano encuentra compasión». Esto significa que Dios es, ante todo, defensor de las víctimas, y sólo después será confesado como creador de todo. Y aunque el tema de Dios no sea el de esta conferencia, recordar que a Dios se lo teorizó desde la parcialidad de las víctimas ayuda a comprender cómo se teorizó el derecho.

En Israel y en los pueblos circundantes, éste no surgió como conclusión a la que se llega a partir de una comprensión universal de la naturaleza humana, sino que surgió para defender a las víctimas, quienes sin esa realidad llamada «derecho» son presas todavía más fáciles de los po-

derosos. «Cuando en la historia se ideó la función de un juez o lo que después llegó a llamarse juez, fue exclusivamente para ayudar a quienes, por ser débiles, no pueden defenderse; los otros no lo necesitan ... Cuando la Biblia habla de Jahvé “juez” o del juicio cuyo sujeto es Jahvé, piensa precisamente en salvar de la injusticia a los oprimidos». «La justicia del rey no consiste primordialmente en emitir un veredicto imparcial, sino en la protección que preste a los desvalidos y a los pobres, a las viudas y a los huérfanos». La parcialidad, no la abstracta universalidad, que históricamente es parcial al poderoso, es lo que está en el origen del derecho en Israel. Y ello porque se trata de defender a víctimas.

Recordamos la parcialidad del derecho porque, de nuevo, es de suma actualidad. El símbolo actual de imparcialidad de la justicia —la mujer de los ojos vendados que no admite acepción de personas, y ojalá así fuese— es más occidental que bíblico. En la Escritura no es así. La figura ideal del rey justo esperado tiene los ojos abiertos: mira directamente al pobre y al oprimido para defenderlos. Bien sabemos que en la realidad la ley es parcial, sólo que hacia los poderosos, como lo dijo Monseñor Romero, citando a un campesino. «La ley es como la serpiente. Sólo pica al que está descalzo». Contra la imparcialidad espúreamente parcial, las víctimas remiten a la verdadera parcialidad.

c) La vida de un pueblo. Además de la captación dialéctica y de la parcialidad, el éxodo ofrece una «constelación» de realidades alrededor de los derechos humanos, importantes hasta el día de hoy, aunque, obviamente, deban ser historizadas.

En primer lugar, se trata de derechos básicos que deben satisfacer las necesidades de la vida: poder vivir (no matar a los niños varones de los israelitas), poder dominar la vida (en una tierra que se lo facilite), vivir en libertad (superar la esclavitud). Ya lo hemos dicho antes en forma global: promover los derechos humanos es, ante todo, promover la vida y combatir la muerte. Violar los derechos humanos es, ante todo, promover la muerte y combatir la vida. Y añadamos que vida y muerte se refieren no sólo a la subsistencia, sino también a la dignidad y a la cultura fundamentales de los pueblos.

Volveremos sobre este punto, que es el fundamental en el mundo actual, pero digámoslo desde ahora. El paradigma de Egipto es evidente en países como El Salvador, pero no suele serlo en países de abundancia, en los que hablar de derechos humanos sugiere el goce de libertades políticas y civiles, de libertad de expresión y de culto... Y es que la humanidad se divide en dos grandes grupos: aquellos que ya

dan la vida por supuesto y aquellos que lo que no dan por supuesto es precisamente la vida. Para éstos, la mayoría de la humanidad, el mayor problema es la vida amenazada, y es también su mayor utopía y su mayor derecho, es «ese mínimo que es el máximo don de Dios: la vida», como decía Monseñor Romero. Este derecho a la vida es lo que exige urgente historización. En palabras de I. Ellacuría, la mera vida biológica puede parecer algo sobreentendido en los países más ricos, que tienen asegurado este derecho..., pero no es así en la mayor parte de los países, donde se hace sumamente problemático conservar la vida biológica, sea por la extrema pobreza, sea por la represión y la violencia. Para la mayor parte de la humanidad... no se dan las condiciones reales para poder seguir viviendo biológicamente —hambre y falta de trabajo.

En segundo lugar, se trata de los derechos de un grupo social (el relato del Exodo habla, idealizadamente, de un pueblo), es decir, son derechos de mayorías (no primariamente de individuos) y son derechos de un pueblo. En este modo de ver las cosas puede estar actuante el tipo de antropología, más comunitaria y societal que individualista, de pueblos antiguos, y está actuante, sin duda, el hecho teológico de que la relación de Dios acaece en directo con todo un pueblo. Pero, en cualquier caso, esta perspectiva es importante para comprender los derechos humanos desde «la lógica de las mayorías» y desde «la lógica de los pueblos oprimidos».

Mal está que se violen los derechos de los individuos, pero es peor que se violen los de todo un pueblo o los de todo un continente. Y ello no sólo por la obvia dimensión cuantitativa del problema, sino porque cuando se trata de los derechos de los pueblos las raíces de su violación suelen ser más hondas y también su encubrimiento. En estos casos, el encubrimiento llega a tal grado que ni siquiera se usa el lenguaje convencional de violación de derechos humanos, a no ser que ocurra en los antiguos regímenes comunistas. Si en Cuba, por ejemplo, un intelectual no goza de libertad de expresión, eso es considerado no sólo como algo malo, sino como violación a sus derechos humanos. Pero cuando grandes mayorías en el tercer mundo carecen de vivienda, salud, educación, cuando de treinta a cuarenta millones de seres humanos mueren anualmente de hambre o de enfermedades relacionadas con ella, cuando etnias enteras quedan sin acceso a decir su palabra, entonces, habrá críticas y lamentos (sinceros o hipócritas, según los casos), pero no se usa el lenguaje de derechos humanos, no se dice que se ha conculcado el derecho a la vida de pueblos enteros. De esa forma, no hay que pedir cuentas a ningún responsable ni hay que reaccionar con la urgencia y magnitud que exige el caso.

En tercer lugar, esos derechos deben ser no sólo reconocidos, sino defendidos, es decir, hay que trabajar y luchar por ellos. A la experiencia original le compete la indignación, pero también el volcarse a una praxis (aunque en el éxodo esto quede muy estilizado, atribuyendo a Dios, o a Moisés, la praxis fundamental, sin analizar la base material de tal praxis).

Esto quiere decir que, para captar lo que es un derecho humano, no basta un concepto puramente teórico, sino que se necesita un concepto teórico-práxico. Como sucede en toda relación entre teoría y praxis, en la medida en que se los va defendiendo, se va captando en qué consisten realmente. Al propiciar activamente la vida de los privados de vida y luchar contra la negrura de la muerte, se va comprendiendo desde dentro —por la gran dificultad de esa lucha— lo que es el derecho a la vida, lo que son los derechos de los pobres y su jerarquización. Nada hay mejor para saber qué son los derechos humanos, en qué jerarquía están y quiénes los necesitan con mayor urgencia que ponerse a defender la vida de los pobres.

En cuarto lugar, el éxodo permanecerá como referente a lo largo de la historia de Israel en su credo y también en su legislación social. No sentó jurisprudencia en sentido técnico, pero introdujo un elemento y una perspectiva esencial en la legislación de Israel: «Recuerda que tú también fuiste forastero en Egipto» (Dt 5, 6; Ex 20). El mal y el bien, lo que se debe hacer y lo que no se debe hacer, quedan siempre remitidos a la experiencia original: nadie puede ser maltratado en Israel, ni de fuera ni de dentro, porque «forasteros fueron ustedes en tierra de Egipto».

La conclusión de todo lo dicho en este apartado es que hay que volver siempre a lo que puso en marcha la conciencia de que algo le es debido al ser humano. Ese origen deberá ser teorizado e historizado, pero deberá permacener a lo largo del proceso para crecer en humanidad y para evitar la paradoja de la que hablábamos al comienzo. En una palabra, no hay avance verdadero si no se mantiene el original «¡no hay derecho!».

## 1.2. *La Española: ceguera y autojustificación de los victimarios*

Segunda proposición: Correlativamente a víctimas hay victimarios de pueblos enteros. Aquéllos no sólo conculcan derechos humanos, sino que buscan justificaciones teóricas para hacerlo impunemente. Lo más grave es que suelen estar sumidos en una ceguera estructural, difícilmente superable.

a) Pueblos destruidos. Otro momento importante a tener en cuenta en la teorización de los derechos humanos es lo ocurrido hace cinco siglos en lo que hoy llamamos América. Así como en el apartado anterior nos hemos centrado en lo que ocurre a las víctimas, nos centramos ahora en los victimarios y su comportamiento. Y también sobre esto hubo en la época un juicio religioso cristiano.

El hecho es indiscutible. Poco después de la llegada de los españoles, la vida de los indígenas comenzó a desaparecer y pueblos enteros, con sus gentes, culturas, tradiciones y religiones, fueron destruidos. Las causas fueron múltiples: guerras, tratos crueles, enfermedades importadas contra las que los nativos no estaban inmunizados, trabajos durísimos, suicidios por desesperación, migraciones inhumanas... A veces los propios indígenas colaboraron con los invasores para sacudirse el yugo de opresores locales —lo cual para algunos historiadores es un dato explicativo fundamental de la masividad del drama. No es, pues, justo acusar de lo sucedido unilateralmente a unos, pero tampoco se puede ignorar la crudeza del hecho fundamental y sus responsables: en el nuevo continente tuvo lugar un inmenso acto de depredación, expolio y destrucción por parte de españoles y portugueses. Unos setenta años después, la población indígena estaba en vías de extinción, quedó reducida a un quince por ciento.

Y esto no fue casual. Aunque no se pretendiese en directo, la aniquilación fue consecuencia prácticamente necesaria de la ambición sin límites de enriquecimiento por parte de los europeos. Más tarde, cuando se empezó a agotar ese instrumento de enriquecimiento, se esclavizó a negros africanos para que fungieran como fuentes de energía. Y ése fue el hecho fundante en las relaciones entre los europeos y los pobladores de aquel mundo nuevo, y que explica, en buena parte, lo ocurrido a lo largo de estos cinco siglos.

La Española muestra, pues, que hay verdugos. Y por lo que toca a la teorización de los derechos humanos, de La Española se aprenden varias cosas: el sueño de inhumanidad que impide exclamar el «no hay derecho», la busca de justificación teórica para conculcar derechos y las consecuencias reales de la depredación original.

b) El sueño de inhumanidad. Mucho antes de que comenzasen los debates teóricos en España, en el lugar de los hechos tuvo lugar la reacción primaria: «¡no hay derecho!», y hubo también unos primeros intentos de fundamentarla. Recordemos la conocida reacción de fray Antonio Montesinos, en 1511, en la isla de La Española: Todos estáis en pecado mortal y en él vivís y morís, por la crueldad y tiranía que usáis

con estas inocentes gentes. Decid, ¿con qué derecho y con qué justicia tenéis en tan cruel y horrible servidumbre a estos indios? ¿Con qué autoridad habéis hecho tan detestables guerras a estas gentes que estaban en sus tierras mansas y pacíficas, donde tan infinitas de ellas, con muerte y estragos nunca oídos, habéis consumido? ¿Cómo los tenéis tan opresos y fatigados, sin darles de comer ni curarlos en sus enfermedades, que de los excesivos trabajos que les dais incurren y se os mueren, y por mejor decir, los matáis, por sacar y adquirir oro cada día? Estos ¿no son hombres? ¿No tienen ánimas racionales? ¿No sois obligados a amarlos como a vosotros mismos? ¿Esto no entendéis? ¿Esto no sentís? ¿Cómo estáis en tanta profundidad de sueño tan letárgico dormidos?

El texto usa implícitamente el lenguaje de derechos humanos: con qué derecho, con qué justicia, con qué autoridad. Y los fundamenta: no se puede tratar así a los indios porque tienen ánimas racionales, son seres humanos. Lo más importante, sin embargo, es que el texto expresa la experiencia primordial: los dominicos captan «la cruel y horrible servidumbre». Esto que debiera ser evidente, los españoles o no lo captan o prescinden de ello o lo encubren. Y ocurre de forma primaria: «¿cómo estáis en tanta profundidad de sueño tan letárgico dormidos?».

La metáfora de «estar dormido» no es usada aquí como disculpa, sino para mostrar la honda raíz del problema. Expresa una realidad quasi física, no sólo epistemológica o moral, y es la máxima dificultad para captar la realidad: en este caso, la existencia de víctimas producidas por verdugos. «Despertarse» es necesario, pero es también difícil, casi imposible, y por ello epocal, como lo proclamó Kant cuando exigió «despertar del sueño dogmático» (tener el coraje de pensar por cuenta propia y no delegar la tarea en otros) para poder ser simplemente humanos. Ese despertar es un cambio real de paradigma, un «ver» las cosas de manera completamente distinta. Y ese despertar, como veremos, sigue siendo problema fundamental en la actualidad.

c) Justificación de la conculcación de los derechos. La denuncia de que hay víctimas llevó a un debate teórico sobre quién tiene derechos, si los europeos o los indígenas, y qué derechos tiene cada uno de ellos. Montesinos, Las Casas y otros argumentaron en favor de los indígenas, es decir, teorizaron la experiencia original de «no hay derecho». Pero la argumentación en favor de los derechos de los europeos fue mucho más abundante y desde muy diversos frentes.

Antropológicamente se asentaba la inferioridad humana de los indios, llegando a negarles alma y humanidad. Eticamente se aducían las malas y perversas costumbres de los indios, lo cual no sólo permitía sino

que exigía que se les sometiera para liberarlos de ellas. Desde la filosofía política se afirmaba que en aquellas tierras no había dueños legítimos, y por ello los europeos legítimamente las podían conquistar. Eclesiásticamente se aducían las cuatro bulas de Alejandro VI, promulgadas poco después de 1492, en las que se delimitaban las zonas de dominio de españoles y portugueses —para la evangelización—, pero dominio al fin de cuentas. Teológicamente se afirmaba que Dios había concedido a los españoles aquellas tierras o porque ésa había sido su providencia o como premio por sus luchas contra los infieles durante la Reconquista.

Y hay que señalar también que en el debate hubo modos muy distintos de argumentar —recordar lo cual es importante pues, en lo sustancial, el problema puede persistir hasta el día de hoy. Para defender el derecho a hacer la guerra a los indios Sepúlveda utilizaba a Aristóteles, mientras Las Casas replicaba: «Mandemos a paseo en esto a Aristóteles», y lo pudo decir porque él estaba activamente en la realidad y afectado por ella. Su pensamiento «está elaborado por alguien inserto en ella. Y su modo de estar en la realidad le permite razonar sobre asuntos de Indias con mucha más lógica y más acertadamente que los teólogos españoles por muy célebres e ilustres que sean». Así lo reconocen también G. Gutiérrez y F. Fernández Buey.

Lo que hemos llamado experiencia primaria no sustituye la argumentación teórica, pero le otorga solidez, y sin esa experiencia, la argumentación no está fundamentada sobre roca, ni encuentra dirección adecuada. El «estar allí», el conocer las cosas «de vistas», no sólo «de oídas», el argumentar, también con la realidad —como lo hemos dicho del método teológico—, es insustituible. Pero sigue siendo difícil, y no sólo por razones psicológicas o éticas, sino por otras más fundamentales y estructurales. Y es que los que dan la vida por supuesto tienen que hacer un esfuerzo inmenso para «estar en la realidad», no sólo ante su concepto o su idea. Estando en la realidad de las víctimas se pueden teorizar los derechos de los pueblos porque de algún modo, con todas las analogías del caso, estamos entre las víctimas. Pero es estructuralmente difícil, como lo muestra el primer mundo en general, y esa es una de las grandes lecciones de La Española.

d) Progreso y fracaso en derechos humanos: el concepto y la realidad. Los dominicos de Salamanca elaboraron el derecho de gentes, pero la praxis de la conquista dejó como establecido y normal el uso de conquista y depredación de otros pueblos —praxis que, en diferentes formas, llega hasta el día de hoy, aun con una legislación avanzada sobre derechos humanos. Desde entonces, a pesar de las protestas de un

Las Casas y las teorías de un Vitoria, europeos y norteamericanos invadieron militar, económica, cultural y religiosamente —más o menos según los casos— los continentes de Asia y Africa, y siguieron invadiendo América Latina. Y fue palideciendo la experiencia primaria de indignación y compasión —de lo cual, en Occidente, también fueron responsables, en buena parte, las culturas y religiones.

Han tenido que pasar siglos (para los cristianos prácticamente hasta Medellín en 1968) para ver las cosas de otra manera. En las conocidas palabras de Ignacio Ellacuría, se ha tergiversado sistemáticamente lo ocurrido hace cinco siglos, y esa tergiversación es, en mi opinión, una de las razones importantes de la inadecuada, encubridora y en cualquier caso insuficiente teorización actual de los derechos humanos de los pueblos oprimidos.

Lo que 1492 puso al descubierto, dice Ellacuría, no fue América, que quedó encubierta, sino España (y la Iglesia católica romana). Dicho en forma de tesis, «es el tercer mundo el que descubre al primer mundo en sus aspectos negativos y en sus aspectos más reales... También hoy podemos decir con toda verdad que el primer mundo se acerca al tercero, globalmente, de esa misma forma y con esas mismas intenciones. Y también viene con un ropaje ideológico que no pretende otra cosa sino encubrir, de una manera “bonita”, sus intenciones reales».

La lección es importante. Los avances teóricos en el derecho siempre son útiles por su naturaleza, pero se deben asegurar dos cosas. Una es que sean avances desde la perspectiva de las víctimas. Y la otra, que esos avances no sean cooptados —como ocurre hasta el día de hoy, y en asuntos muy graves— para defender veladamente lo adquirido o adquirible por los más fuertes. Por ello es importante ser conscientes de la realidad mayor en que se inscriben los avances concretos de los derechos humanos. ¿No es una ilusión pretender que avancen los derechos alrededor de la vida, por ejemplo, mientras se refuerza un neoliberalismo omnipresente?

## **2. La exigencia actual: escuchar el clamor de «los pueblos crucificados»**

Tercera proposición: En el mundo actual hay avances importantes en la formulación de los derechos individuales, pero persisten las víctimas, sobre todo en forma de «pueblos crucificados». Además, se adormece la conciencia, como si hubiésemos llegado al fin de la historia, y



no hay a quién pedir cuentas. Ante esto, hay que jerarquizar los derechos humanos, comenzando con la vida, hay que luchar para que sean realmente universales y, lo más importante, hay que repensar el concepto de «derechos humanos» para que tengan también como sujeto primario a las mayorías populares y a los pueblos.

En el mundo actual, tras dos siglos de revoluciones, se han formulado derechos humanos en generaciones sucesivas. La primera generación reivindicó los derechos políticos y civiles; la segunda, los derechos económicos, sociales y culturales; la tercera —todavía en pleno desarrollo—, los derechos a la paz, a la calidad de vida, a un medio ambiente saludable, a la libertad informática... Todo esto es sabido, y ha llevado a una mejoría de la vida de muchas personas. Sin embargo, la realidad global del mundo, vista desde «lo primigeniamente humano», la vida de los pueblos, es un desastre. Y es que el ámbito de los «derechos humanos» no es adecuadamente el ámbito de «la totalidad de lo humano», y por ello, defender y hacer avanzar aquéllos no significa necesariamente defender y hacer avanzar ésta. Hay, pues, avances en «derechos humanos», pero persiste, cuando no se agudiza, la crisis de «lo humano». Captar y aceptar esta distinción nos parece esencial para teorizar más adecuadamente lo que son «derechos humanos».

No hay que ignorar, por supuesto, dos siglos de reivindicaciones, sino que hay que profundizarlas y ampliarlas. Pero, según lo dicho, hay que añadir dos cosas. Una es complementar materialmente esa tradición con la consideración de «lo humano», que incluye esencialmente dos cosas: la vida y el ser familia humana. La otra es repensar formalmente, incluso lo ya adquirido en las tres generaciones de derechos humanos, desde la perspectiva de las víctimas —la hermenéutica que ofrecen los pueblos crucificados.

Desde esta perspectiva y desde lo que hemos analizado en el primer apartado, queremos hacer las siguientes reflexiones que ayuden a iluminar, modestamente, algunos aspectos de una adecuada teorización de los derechos humanos.

## 2.1. *El hecho fundamental: cómo está «lo humano» en los pueblos crucificados*

La expresión actual «pueblos crucificados» puede sorprender —y molestar—, sobre todo porque pondría a nuestro siglo en línea con la esclavitud en Egipto y con los desmanes cometidos en América el siglo

xvi. Desde una perspectiva cristiana, sin embargo, y también desde una honrada perspectiva histórica, nada hay de exageración, aunque haya que precisar las cosas. En este final de siglo ha habido avances importantes en los derechos humanos, pero tampoco hay que olvidar que este siglo ha sido, como dice Hanna Arendt, el más cruel en la historia de la humanidad: Auschwitz, Goulag, Hiroshima, Vietnam, Ruanda, Bosnia, las masacres en Guatemala, Haití, El Salvador, los desaparecidos de Argentina... Una vez más, e inocultablemente, surge el «¡no hay derecho!». La Declaración de 1948 quiso remediar la situación, pero «el siglo más cruel de la historia» siguió su curso en forma de violencia —más de 130 guerras después de la Segunda Guerra Mundial, todas ellas, con alguna excepción, en el tercer mundo, más la represión y el terrorismo—sobre todo el de Estado. Y persiste y aumenta la violencia lenta de la pobreza, de la exclusión, del subdesarrollo.

«Pueblo crucificado» no es, pues, lenguaje puramente metafórico, y además es necesario y esclarecedor para conocer cómo está «lo humano». Desenmascara el inocente lenguaje geográfico de «tercer mundo», «el sur» y el de eufemismos encubridores como «países en vías de desarrollo» o «democracias incipientes». Expresa lo esencial de «lo inhumano», pues cruz significa muerte, despreciable por cierto, reservada a esclavos y alborotadores, y a eso es a lo que está sometido el tercer mundo: a la muerte lenta que produce la pobreza injusta y a la muerte violenta que acaece cuando los pobres quieren simplemente vivir (necesidad vital que es lo que está casi siempre en el origen de las «revoluciones»). Y a esto hay que añadir, en este fin de siglo, la muerte por «inexistencia», el surgimiento de una subespecie humana que ya no cuenta, ni siquiera como mano de obra barata para ser explotada, con lo cual la población del tercer mundo se está convirtiendo no ya en población que puede ser explotada, sino en población sobrante. Geopolíticamente, al tercer mundo se le está adjudicando el papel de basurero tóxico del planeta. Bien está, pues, hablar de cruz.

Lo que acabamos de decir se entiende por sí mismo, sin necesidad de conceptualarlo en términos de derechos humanos, y su gravedad proviene de la realidad en sí misma, no de que se haya conculcado la legislación sobre los derechos humanos. Sin embargo, si se quiere formular la realidad de los pueblos crucificados en conceptualización y lenguaje de derechos humanos, quizás podamos decir lo siguiente.

a) En nuestro mundo es conculcado, masiva y cruelmente, el derecho fundamental (el «meta-derecho» a la vida que tienen los pueblos oprimidos). Los pueblos crucificados son producidos y no son simples

productos de la naturaleza. La relación entre pobreza y riqueza, entre subdesarrollo y desarrollo, no es causal, sino que el mundo desarrollado está basado sobre una acumulación originaria, posibilitada por la explotación a los países pobres. Y en la actualidad, su progreso depende, en buena medida, de la explotación infligida a los países subdesarrollados. Digámoslo con un solo dato: los países pobres con el pago de la deuda externa han financiado a los países ricos el equivalente a seis planes Marshall (Susan George).

b) La situación de la humanidad es de clamorosa desigualdad. Según datos de Naciones Unidas, en 1960, la relación entre ricos y pobres era de 1 a 30, y en 1990, de 1 a 60. Y la relación entre los más ricos de los ricos y los más pobres de los pobres era de 1 a 180. Los recursos que consume un niño de Estados Unidos son 420 veces más que los que consume un niño en Etiopía. Eduardo Galeano lo ha dicho gráficamente: «un estadounidense vale lo que cincuenta haitianos». Y se pregunta, como para sacudir los cimientos de nuestra civilización, «qué ocurriría si un haitiano valiera lo que cincuenta norteamericanos».

Esta desigualdad entre pueblos y naciones, es en sí misma inaceptable, y más inaceptable porque hoy es posible su superación. De ahí que «el estado del subdesarrollo es en sí mismo y en relación con estados de desarrollo una flagrante violación de la solidaridad humana, esto es, de la naturaleza misma del fundamento de los derechos humanos y lleva consigo la permanente violación de esos derechos». La parábola del rico Epulón y el pobre Lázaro describe a cabalidad, en lenguaje jesuánico, la realidad de nuestro mundo. En lenguaje del derecho existe un descomunal agravio comparativo.

c) A la falta de solidaridad con los pueblos crucificados se añade la indefensión de éstos. Más allá de la retórica, prácticamente casi todos los poderes de este mundo ignoran eficazmente a los pueblos crucificados, históricamente quieren aprovecharse de ellos y, si es necesario, suelen estar en contra de ellos: las oligarquías, el capital y la banca mundial, los ejércitos, muchos gobiernos y partidos políticos. Los medios de comunicación, los sindicatos, las iglesias y las universidades tampoco suelen extremar sus desvelos para defenderlos, si es que no se suman al grupo anterior, aunque existen excepciones. No hay instancias que otorguen garantías de vida a los pueblos.

Con la nueva configuración geopolítica del mundo, crece todavía más la desprotección de los pueblos pobres. Con la caída del Este, el tercer mundo ha quedado sin remedio a merced del capital, aunque Juan Pablo II recalque en sus encíclicas la superioridad del trabajo sobre

el capital. Y por ello, cuando se habla del siglo XXI, se lo describe no ya en términos de Este-Oeste, sino de norte-sur. Como se ha escrito, el siglo XXI ya ha comenzado, y su hecho fundante es «el Norte contra el Sur». Y a esto hay que añadir que si el «primer mundo» solía fungir como modelo para el tercero, y por ello el capitalismo estaba interesado en mostrar su rostro humano, ahora el capitalismo de los países centrales ya no se preocupa —no tiene necesidad— de «mostrar algún rostro humano».

## 2.2. Seguimos «en sueño letárgico dormidos»

El «sueño» de La Española persiste en nuestro mundo por diversas causas y de diversas formas. J. B. Metz dijo poco después de la euforia tras la caída del muro de Berlín que «se está difundiendo una posmodernidad cotidiana de los corazones que arrumba la pobreza y la miseria del llamado tercer mundo en una mayor lejanía sin semblante». En la actualidad se extiende un ambiente cultural, filosófico incluso (llámese posmodernidad, con todas las precisiones que se deban hacer, pensamiento light, etc.) que, a la hora de la verdad, ignora a las víctimas, ciertamente no las hace centrales y no se remite a ellas para juzgar avances o retrocesos de este mundo.

Peor aún, se ha popularizado e introyectado un lenguaje positivo —y triunfalista— para describir a nuestro mundo. El mundo es ahora una aldea planetaria, globalizada, y hemos llegado al final de la historia. Se admite que hay problemas, por supuesto, y que hay que avanzar. Pero pareciera que la humanidad hubiese encontrado el camino definitivo, al menos por ser el único, para llegar a la meta. Hugo Assmann avanza una tesis todavía más radical: no hay que enfocar el problema del mercado moralistamente —enfoque habitual de la izquierda, insuficiente y equivocado—, sino desde la euforia de la derecha. Esa euforia se expresa en la retórica sobre el mercado como «buena nueva», «evangelio jubiloso», «descubrimiento feliz». Y «cuando los opresores se sienten bienhechores», dice Assmann, «es porque creen en un evangelio in-conmovible». Una vez que el mercado es elevado a evangelio, ya no se puede preguntar si es eficiente, en qué y para quién. Se sustrae a toda verificación. Y con ello se equipara a la divinidad: no necesita justificación.

Hay otros aspectos de la cultura occidental que contribuyen al adormecimiento. Desde una perspectiva ideológica, se rehúye aquello que exprese conflicto o crítica radical —siendo así que las víctimas lo

expresan por necesidad. Desde un punto de vista cultural, ni la indignación ni la compasión son tenidas como actitudes y valores primarios —siendo así que constituyen la experiencia primaria ante las víctimas—, pues no convergen con los que ahora se propician: tolerancia, diálogo, consenso, debate civilizado. Desde un punto de vista eclesial, decae la denuncia del pecado social y de la injusticia —siendo así que las víctimas son su producto. Desde un punto de vista teológico, poco se habla —con convicción— del Dios de la vida y de la justicia, del Jesús que optó por los pobres en contra de sus opresores —siendo así que para las víctimas ése y no otro es su Dios y su Cristo. Y tampoco se habla de los ídolos existentes (acumulación de capital, de poder y de recursos, además de nacionalismos y etnocentrismos) —siendo así que su realidad se muestra en producir víctimas. La conclusión es que, siendo la realidad más clamorosa, las víctimas no son centrales a la hora de pensar una adecuada configuración de este mundo ni un nuevo orden mundial; mucho más lo son el mercado y el consumo (de lo cual se habla públicamente), y la producción de armamento (sobre lo cual se guarda silencio). El pathos de indignación y misericordia que genera la experiencia de las víctimas no parece ser hoy «políticamente correcto».

La ceguera, la indiferencia, el éxtasis eufórico o el sueño letárgico, son recurrentes en la historia en cosas sumamente graves, y el hecho no deja de impactar. Ante la «condenación histórica» de víctimas y excluidos —dos tercios de la humanidad—, aceptada prácticamente como cosa natural por nuestro mundo, vienen a la mente —al menos a personas de mi generación— con qué naturalidad se hablaba antes de la «condenación eterna» de, posiblemente, millones de seres humanos. Más aún, cómo se defendían tesis teológicas sobre la predestinación del ser humano: al cielo y al infierno. Todo ello reflejaba una idea de Dios, y por ello, dada la ultimidad de Dios, reflejaba un «así son las cosas y no hay nada que hacer» —que es lo que ahora nos interesa recalcar. J. I. González Faus lo ha recordado, comparando el espíritu del capitalismo con el espíritu del jansenismo: La brutalidad del Dios jansenista, que condena a quienes quiere y queda indiferente o satisfecho ante su condena, llevó a Jansenio a escribir que «los réprobos sólo nacen y viven para utilidad y ventaja de los elegidos». Si eso puede decirse tranquilamente del destino último y total de los hombres, ¿qué tendrá de extraño que también en esta vida la inmensa mayoría de los hombres nazca y viva sólo para utilidad y ventaja de unos pocos privilegiados? ¿O que esos pocos, en lugar de soportar el juicio bíblico de condena por su inhumanidad y su falta de entrañas, detenten la etiqueta capitalista de ser los elegidos de Dios y los defensores de Dios?

Es lo que ocurre en presencia de los pueblos crucificados: se invoca implícitamente alguna estructura metafísica de la realidad según la cual «así son las cosas». Y no acabamos de despertar del sueño, porque, ahora ya no es un simple sueño —realidad antropológica del ser humano—, sino realidad metafísica inmutable. Ya lo dijo Jesús: «no harán caso ni aunque un muerto resucite».

### 2.3. *La falacia de la universalidad de los derechos humanos*

En el mundo occidental, aunque formulados universalmente, de hecho desde su origen los derechos humanos beneficiaron a unos más que a otros —lo que ocurre hasta el día de hoy. Existe, pues, desde el principio una parcialidad, pero de signo contrario a la que hemos mencionado: los derechos humanos, en general, son patrimonio de poderosos más que de pobres. De hecho, de ellos se suelen aprovechar más los opresores que los oprimidos. La conclusión es clara: De poco sirve ser hombre para poder contar con lo necesario para sobrevivir, para tener una vivienda mínima, para que los niños enfermos tengan un mínimo de medicinas, etc. Es menester ser norteamericano, europeo, soviético o japonés para poder contar con los recursos suficientes para sobrevivir y para disfrutar de los recursos que Dios, a través de la naturaleza y de la razón, puso en el mundo para todos. Es, de hecho, más importante ser ciudadano de un país poderoso y rico que ser hombre, aquello da más derechos reales y más posibilidades efectivas que esto. Queda así rota la solidaridad humana.

Los derechos humanos se basan en el presupuesto de que la especie humana es también esencialmente familia, de que todos debemos propiciar la vida de todos. Lo que tenemos ahora, sin embargo, es todo lo contrario. La actividad económica general hoy está montada para beneficiar de una manera egoísta y desproporcionada a los países industrializados (L. de Sebastián). «No ha existido en la historia, ni siquiera en la época colonial, una bipolarización tan extrema del mundo».

La universalidad, que le es esencial a la concepción occidental de los derechos humanos, no existe. Y hay que preguntarse incluso si puede existir, pues, tal como están las voluntades, ¿es posible que todos los seres humanos disfruten del derecho al trabajo, a la verdad de la información, a la libertad de expresión, a un medio ambiente saludable y a tantas otras cosas, sin que eso se convierta en una seria amenaza al orden económico, militar y político constituido? Nos tememos que

no. Un verdadero disfrute universal de los derechos humanos es, históricamente, una amenaza para los grupos y los pueblos poderosos. Por ello, es muy lógico que —a pesar de la retórica reinante— no estén seriamente interesados en la universalidad de los derechos humanos.

La lección es que, aunque necesario, el avance en la formulación y fundamentación teórica de los derechos universales es insuficiente. Falta en el mundo desarrollado la indignación y la misericordia ante la crueldad causada o tolerada por esos mismos países. Falta la parcialidad de la perspectiva para no confundir universalidad con lo que en realidad es sólo el 25 ó 30 por ciento de la humanidad. Falta pensar los derechos humanos desde la vida de los pueblos, no desde necesidades que pueden ser secundarias con respecto a aquélla. Falta poder denunciar a los responsables de que se viole el derecho fundamental a esa vida. Falta la posibilidad de pedir cuentas a esos responsables y que éstos las den.

#### 2.4. *A quién pedir cuentas*

«Derechos» humanos presupone responsabilidad en instancias que los deben garantizar. La accountability es esencial a los derechos humanos y el problema es a quién pedir cuentas. Simplificando las cosas, en el ámbito de los derechos humanos convencionales esa instancia es el Estado. Este puede (y según las circunstancias suele) garantizar los derechos humanos de la primera generación, los derechos individuales y políticos. Pero no garantiza ni puede garantizar de la misma manera los derechos económicos de la segunda generación, es decir, no garantiza la vida —aunque pueda ayudar. Y es que «en la idea de la libertad política y de la libertad civil no está implicada idea alguna de la justicia distributiva... El derecho es únicamente un medio, absolutamente desvinculado de los fines de la justicia». El Estado se responsabiliza del derecho, pero no de la justicia. El Estado social no tiende a eliminar los presupuestos del proceso económico capitalista, sino que, única y exclusivamente, corrige los efectos de la desigualdad sobre el plano de la distribución de la riqueza producida... Mientras que al sistema de las empresas se le conserva el poder de dirección del proceso económico, al Estado se le asigna la tarea de crear un sistema de «seguridad social» destinado a asegurar condiciones de vida más igualitarias.

¿A quién se puede, pues, pedir cuentas? O dicho de otra manera, ¿no se cae en una especie de equívoco al usar el mismo término «derechos» y aplicarlos a los derechos políticos y civiles, con una instancia

que los debe y puede garantizar, y que está sometida a verificación de si lo hace o no, y a los derechos económicos, con una instancia que, en definitiva, sólo puede regular lo que otros hacen, pero sin que a esos otros se les pueda exigir que garanticen la vida?

Esos otros, el aparato económico, financiero, no se sienten obligados a garantizar la vida de todos. Más aún, invocan derechos —la libertad— para no tener que someter su modo de proceder a una normativa que genere vida para las mayorías. Y pueden ocurrir cosas peores. En el seno de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) se está elaborando —en absoluto secreto— el Acuerdo Multilateral sobre Inversiones (AMI). Por lo que toca a derechos y obligaciones, el acuerdo prevé un tratado de comercio que autoriza a las empresas multinacionales y a los inversores a llevar ante la justicia a los gobiernos por cualquier acción de éstos que tuviera como efecto una reducción de sus beneficios. En ese acuerdo, los derechos están reservados a las empresas y los inversionistas internacionales, mientras que los gobiernos asumen todas las obligaciones. Así, éstos tienen la obligación de garantizar el «pleno disfrute» de las inversiones, y los inversionistas y las empresas tienen derecho a denunciar cualquier política o acción gubernamental (medidas fiscales, disposiciones sobre el medio ambiente, la legislación laboral, las reglas de protección al consumidor) que consideren perjudiciales, y pueden exigir indemnizaciones en caso de intervenciones gubernamentales que restrinjan sus beneficios.

En ésas estamos. Y si eso ocurre dentro de los Estados, cuánto más ocurrirá a nivel planetario. ¿A quién se puede pedir cuentas de los 36 millones de seres humanos que mueren de hambre anualmente? ¿A quién pueden pedir cuentas los pueblos oprimidos? ¿A quién pedir cuentas cuando estallan las guerras, si el armamento mundial es controlado por el consejo de seguridad de Naciones Unidas? Y si no se puede pedir cuentas a nadie, ¿qué esperanza tienen los pueblos?

El pedir cuentas ha sido una dimensión importante en la tradición religiosa cristiana. En presencia del mal, de la deshumanización, del no deber ser, se ha pedido cuentas a Dios. Es el problema que en términos técnicos se ha llamado teodicea. No vamos a entrar en él ahora, sino sólo recalcar el hecho. Y a veces se han usado palabras fuertes: En un mundo en el que la razón y la libertad del ser humano han producido las realidades de este siglo xx, hablar de continuidad entre lo humano y lo divino sólo puede significar que el misterio último de la existencia —Dios— no es un Amigo del ser humano sino, más verosímilmente, un Enemigo: Dios crea con el único fin de destruir.



El lenguaje religioso tiene la ventaja de poder ser audaz, y también honrado, cosa que no suele ocurrir con otros lenguajes. ¿No es el problema de nuestro mundo que el sistema, con toda su retórica, con sus discursos políticos, económicos, militares, no es un «amigo de los pueblos oprimidos»?

Volviendo al lenguaje religioso, a Dios se le puede pedir cuentas, se le puede criticar y se puede renegar de él. Según la tradición cristiana, sin embargo, por una parte, también Dios, indefensamente, participa de las víctimas y está crucificado. Pero, por otra, anima a luchar por la vida de los pobres, devuelve a la vida al crucificado Jesús, y alimenta la esperanza de los pueblos crucificados. Sea cual fuere la aceptación de esta tradición cristiana, el simbolismo es importante: los seres humanos podemos pedir cuentas, Dios no se desentiende de la realidad crucificada ni se hace sordo a sus clamores. Se pasa de bando y «Dios» llega a ser miembro de este mundo de víctimas.

Este es lenguaje religioso, simbólico y utópico, ciertamente. Pero es que el sistema ni siquiera a nivel simbólico y del lenguaje se preocupa de participar en la realidad de las víctimas. Normalmente las genera. Y es inútil pedirle cuentas.

### **3. Una palabra sobre la mística de los derechos humanos**

Terminemos por donde empezamos. En el mundo actual, la situación es paradójica. Por una parte, hay avances en ámbitos concretos de lo humano (libertades, garantías...), lo que ocurre sobre todo en países en abundancia, y también, en grado mucho menor, en las «bolsas de abundancia» de países pobres. Esos avances no lo han logrado todo, pero han puesto a lo humano en una dirección correcta. Han introducido una tradición de reivindicaciones, la convicción y la esperanza de que los cambios, son posibles. Y han introducido la tradición de compromiso y de lucha, con caídos y mártires. Los derechos humanos muestran, pues, que ha habido un gran amor. Pero, por otra parte, todo ello no ha cambiado sustancialmente la inhumana situación de pueblos oprimidos y de mayorías empobrecidas. «Lo inhumano», más que el disfrute de «los derechos humanos», es lo que define la vida de los pueblos oprimidos.

De esto hay que ser conscientes en el mundo actual. Dicho con un ejemplo actual, no es lo mismo que se viole el derecho humano «a la privacidad en el mundo de la informática» que el que las dos terceras

partes de la humanidad vivan en pobreza. Por ello, no es lo mismo defender el derecho a esa privacidad que luchar para sacar a este mundo de la pobreza. La conclusión es que la lucha por los derechos humanos, en el sentido convencional, tiene que estar integrada en la lucha mayor por la vida de los pobres, de las mayorías y los pueblos oprimidos.

Resumiendo lo que hemos dicho, esa lucha debe recoger y mantener el «no hay derecho» ante la situación del mundo y no permitir que ese grito quede sofocado —la manera más sutil sería excusarse de actuar porque no responde a ninguna formulación concreta de los derechos humanos. Debe hacer central el que los derechos humanos sean pensados y llevados a la práctica como derechos —en plural— de todos, humanos —simplemente por haber nacido humanos y no en países de abundancia. Debe garantizar y posibilitar la vida, sin que el goce de los derechos de unos pocos se convierta en agravio comparativo. Debe desenmascarar una conciencia colectiva adormecida, drogada, que impide ver lo evidente.

Hoy es notable el número de instituciones civiles, religiosas, universitarias que se dedica a los derechos humanos, y eso es una esperanza. Muestra, por una parte, que las instancias que deben velar por ellos con frecuencia no lo hacen, y de ahí la proliferación de estas instituciones. Pero muestra también que hay conciencia de su absoluta necesidad, conciencia que debe ir acompañada de creatividad y mística para no desfallecer en un mundo que, en buena parte, está configurado en contra de los derechos humanos y de lo humano de los pueblos.

De dónde proviene esa mística es cosa a analizar. Por mi parte quisiera terminar con unas palabras de hace ya quince años cuando me pidieron escribir sobre «lo divino de luchar por los derechos humanos». No sabía cómo empezar, y empecé de esta manera, que quizás ilumine también hoy lo que es esa mística:

¿Hay algo «santo» en el mundo de hoy? ¿Hay algo que exija al hombre con ultimidad, pero que se presenta también como promesa y plenificación? ¿Hay algo que le impida relativizar todas las cosas por igual, aunque quizá no sepa teóricamente por qué no deba relativizarlas? ¿Hay algo que impulsa a ir más allá del propio yo y de los yos grupales, aunque fuesen buenos, como la familia, el partido, el país, la propia Iglesia? A lo largo de la historia siempre ha habido eso que hemos llamado «lo santo», de forma religiosa o secular. En la actualidad no parece haber duda de que la defensa de los derechos humanos se presenta para muchos como algo santo, con ultimidad, exigencia y promesa de salvación. Ciertamente lo es en los países del tercer mundo

y lo es también, de diversas formas, en los del primer mundo. Eso santo es la vida de los pobres, la vida de las víctimas.

La mística de la lucha de los derechos humanos depende en último término de relacionarlos con la vida, y con la vida de quienes son mayorías, pueblos crucificados. Lo que nos hace seres humanos cabales, «santos» —si interesa ese lenguaje—, lo que posibilita que vivamos con dignidad y sin avergonzarnos de configurar un mundo cruel, es esa lucha por la vida de las víctimas, corriendo riesgos por ellas y participando en su realidad. De ese modo podremos sentir el gozo de pertenecer y vivir dentro de la familia humana.



# Derechos humanos y diversidad cultural

por **D. Ernesto Garzón Valdés**

*Conferencia pronunciada  
el 17 de marzo de 1998*

Forum Deusto



# Acerca de la universalidad de los derechos humanos y su posible fundamentación

por D. Ernesto Garzón Valdés\*

En lo que sigue quiero referirme 1) a dos argumentos que, entre otros, han sido formulados para negar la validez universal de los derechos humanos y 2) a la posibilidad de una fundamentación racional del contenido de estos derechos.

## 1

Entre los argumentos que suelen aducirse en contra de la vigencia universal de los derechos humanos, hay dos que merecen especial atención: el que sostiene la peculiaridad ética de las diferentes culturas y el que afirma una relación de dependencia esencial entre identidad social e identidad individual. Según el primer argumento, toda imposición universal de los derechos humanos es expresión de un etnocentrismo moralmente inaceptable; según el segundo, el no respeto a las

---

\* Ernesto Garzón Valdés nació en Argentina y realizó sus estudios en la Universidad Nacional de Córdoba, donde obtuvo la Licenciatura en Derecho y posteriormente el Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales. Amplió sus estudios en Lovaina, Bruselas, Madrid, Munich, Bonn y Colonia. En 1958 ingresó en el Servicio Diplomático argentino, para el que desempeñó diversos cargos, llegando a ser Ministro Plenipotenciario de la Embajada Argentina en Bonn en enero de 1974. En marzo de ese mismo año fue expulsado del Servicio Diplomático Argentino, así como de la Universidad de Córdoba, donde era Profesor, y quedó en el exilio en la República Federal alemana. Más adelante, en 1985, sería reintegrado en el Servicio Exterior, de donde se retiró poco después. En cuanto a la vertiente universitaria ha sido profesor y profesor visitante en muchas universidades. Actualmente imparte clases en el Instituto de Ciencias Políticas de la Universidad de Maguncia. Es co-editor de una veintena de publicaciones científicas importantes y autor de una quinceña de libros y numerosos artículos.

identidades sociales implica la violación de la identidad individual y es, por lo tanto, moralmente injustificable. Creo que ambos argumentos son falsos pues responden a confusiones conceptuales.

Veámoslos más de cerca:

### 1. *La confusión entre punto de vista cultural y punto de vista moral*

Un argumento frecuente entre quienes abogan por la necesidad de estimular la diversidad cultural es el que sostiene que, de esta manera, se crean mayores posibilidades de desenvolvimiento moral.

No es necesario ser antropólogo o historiador de la cultura ni tener tampoco una muy afinada sensibilidad moral para percibir cuán falaz es sostener una vinculación fuerte entre diversidad cultural y enriquecimiento moral.

No entiendo cuál puede ser la contribución al enriquecimiento moral de la práctica, por ejemplo, de la circuncisión femenina prescrita en diversos países de África al norte del ecuador como una vital tradición cultural<sup>1</sup>; de la quema de viudas en la India; de la discriminación sistemática de la mujer<sup>2</sup>; de la costumbre de los sacrificios humanos o

---

<sup>1</sup> Se estima que aproximadamente 110 millones de mujeres padecen graves alteraciones psíquicas y físicas como resultado de la mutilación genital. Los argumentos que se esgrimen en favor de esta práctica tradicional pueden dividirse en cuatro grupos: razones psíquico-sexuales, religiosas, sociológicas e higiénicas. En la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos en 1993, se condenó explícitamente la mutilación genital femenina. Para mayores detalles de esta «contribución a la diversidad cultural», cfr., por ejemplo, Amnesty International (ed.), *Human Rights are Women's Right*, Londres 1995, especialmente págs. 130 ss.

<sup>2</sup> El caso más reciente de discriminación femenina es el de las medidas adoptadas en Afganistán por los talibanes. Entre las formas de «diversidad cultural» actualmente vigentes figuran la prohibición a las mujeres de trabajar y de conducir automóviles, la clausura de las escuelas de niñas y el uso del *burka*, un mantón que va de la cabeza a los pies y que incluye un velo que tapa el rostro y sólo permite ver a través de una rejilla a la altura de los ojos. En aras de la defensa de esta diversidad, el gobierno talibán comunicó que «no tolerará ninguna injerencia extranjera» en este tema (cfr. *El País*, Madrid, del 30.9.1996, pág. 4). Según la argelina Khalida Messaoudi, profesora de matemáticas, «el velo es para nosotras las mujeres lo mismo que la estrella amarilla para los judíos». En Pakistán, la primer ministra Benazir Bhutto, educada en Oxford y en Harvard, no ha considerado relevante para asegurar la igualdad entre el hombre y la mujer derogar disposiciones tales como



de la imposición de la autoridad absoluta de los padres en la elección del cónyuge de sus hijas con la consecuencia de que

«al casarse las mujeres con alguien a quien no conocen se ven expuestas a recibir las golpizas que les propinan sus maridos escogidos por sus padres»

para usar una plástica descripción de esta costumbre recogida por el jurista mexicano Lisandro Cruz Ponce en un estudio sobre la organización familiar indígena.<sup>3</sup>

Esta confusión resulta de otra más general aún: la confusión entre moral positiva y moral crítica o ética. La primera designa las reglas y principios morales válidos en una determinada sociedad; la segunda, aquellas reglas y principios que satisfacen los criterios de universabilidad e imparcialidad. Por ello, la verificación de la existencia de diferentes costumbres —conjuntamente con sus implicaciones normativas— no permite inferir sin más que deba ser el respeto incondicionado de aquéllas en aras de una supuesta vinculación entre diversidad cultural y enriquecimiento moral.

Ningún punto de vista puramente cultural tiene, por el mero hecho de ser tal, valor ético. Es por ello que las pretendidas justificaciones historicistas de los derechos humanos, que aducen que éstos son sólo un producto cultural de la historia europea, son tan inadecuadas como la defensa de costumbres moralmente aborrecibles con el argumento de que ellas son justificables desde el punto de vista de quienes las practican.

No hay que confundir, pues, punto de vista cultural con punto de vista moral. Un buen ejemplo de esta confusión es el texto de una carta de lector dirigida al *New York Times* el 24 de noviembre de 1993 en la que se intentaba defender la circuncisión femenina afirmando, entre otras cosas:

«Sin embargo, desde el punto de vista africano, la práctica puede servir como una afirmación del valor de la mujer en una sociedad tradicional. [...] Los sentimientos expresados desde hace ya tiempo en

---

las que prohíben a las mujeres suscribir documentos importantes o actuar como testigos en delitos de asesinato y violación (cfr. Gabriele Venzky, «Im Namen Allahs» en *Die Zeit*, Hamburgo, del 1.11.96, pág. 13).

<sup>3</sup> Cfr. Lisandro Cruz Ponce, «La organización familiar indígena» en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*, México, Año III, N.º 7 (1988), págs. 175-224, pág. 175.

Kenia son ciertamente compartidos por los pueblos que practican hoy esta costumbre. [...] Exigir el cambio de una tradición esencial para muchos africanos y árabes es el colmo del etnocentrismo.»<sup>4</sup>

Según informes de la Organización Mundial de la Salud, unas 70 millones de mujeres padecen la aplicación de este punto de vista cultural con gravísimas consecuencias orgánicas y psíquicas. Conviene no olvidar, además, que curiosamente la «tradición esencial» tiene vigencia plena

«[...] en comunidades en las que la gente se ve enfrentada con el hambre, la enfermedad, el exceso de trabajo y la falta de agua potable. En tales condiciones una mujer no circuncidada es estigmatizada y no encuentra marido, lo que ayuda a explicar la paradoja de que las víctimas de la práctica sean también sus más fuertes defensoras. Difícilmente pueden no serlo. En el mejor de los casos, la gente es reacia a cuestionar la tradición o a adoptar una posición independiente a fin de no perder la aprobación social.»<sup>5</sup>

La confusión entre diversidad cultural y enriquecimiento moral inmuniza a toda cultura frente a cualquier tipo de crítica moral —tanto externa como interna— ya que ésta sería o bien expresión de arrogancia etnocéntrica o debería ser evitada por razones prudenciales de supervivencia.

Quienes padecen este tipo de confusiones creen también en la existencia de un falso dilema: o se condenan prácticas culturales que desde nuestra propia cultura nos parecen moralmente reprochables y nos empobrecemos a raíz de su eliminación, o queremos mantener la posibilidad de enriquecimiento moral y debemos mantenerlas, so pena de cometer un «genocidio cultural». Ambos cuernos del dilema son falsos: la condena de formas de vida diferentes no puede basarse exclusivamente en los criterios de nuestra propia cultura; hacerlo equivaldría a confundir punto de vista cultural con punto de vista moral. Pero, el rechazo del punto de vista cultural como pauta para juzgar la calidad moral de otras culturas no significa, por cierto, sostener que las culturas sean inconmensurables, como suele afirmar el tolerante relativista. Al igual que cualquier forma de vida, ellas son justamente uno de los objetos primarios de la evaluación moral. Por ello, quienes pretenden fundamentar en razones morales el postulado de la inconmensurabili-

---

<sup>4</sup> Cfr. Henry J. Steiner y Philip Alston, *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, Oxford: University Press 1996, págs. 253 s.

<sup>5</sup> Cfr. el Informe de la Organización Mundial de la Salud de 1986.

dad de las culturas están simultáneamente negando una función central de la moral. Y tampoco es verdad que toda diversidad implique enriquecimiento moral. Sostener que tal es el caso significaría que todo comportamiento debería estar moralmente permitido lo que equivaldría a negar el carácter prescriptivo de la moral, algo que no están dispuestos a hacer quienes consideran que hay comportamientos como el etnocentrismo que deben ser moralmente prohibidos. Curiosamente, un defensor coherente del valor de la diversidad debería estar dispuesto a admitir como valiosa la peculiaridad cultural de los etnocentristas.

## II. *La confusión entre identidad personal e identidad social*

En 1947, el Comité Ejecutivo de la American Anthropological Association presentó a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU —que estaba redactando lo que después sería la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada en 1948— un extenso documento en el que entre otras cosas se sostenía:

«Si la esencia de la Declaración ha de ser un enunciado en el cual se subraye el derecho del individuo a desarrollar su personalidad al máximo, entonces tiene que basarse en un reconocimiento del hecho de que la personalidad del individuo puede desarrollarse sólo en términos de la cultura de su sociedad.»

[...]

«El individuo desenvuelve su personalidad a través de su cultura; por lo tanto, el respeto de las diferencias individuales implica un respeto de las diferencias culturales.»<sup>6</sup>

Este documento puede ser considerado como una clara expresión de la tesis que sostiene una vinculación esencial entre identidad individual e identidad social.

En época más reciente, Michael J. Sandel ha formulado una concepción similar:

«[D]ecir que los miembros de una sociedad están ligados por un sentido de comunidad no es decir simplemente que un gran número de ellos profesan sentimientos comunitarios y persiguen objetivos comunitarios sino más bien que conciben su identidad [...] como definida, en alguna medida, por la comunidad de la que forman parte.

---

<sup>6</sup> Cfr. Henry J. Steiner y Philip Alston, *op. cit.*, pág. 198 s.

Para ellos la comunidad describe no sólo lo que *poseen* como ciudadanos sino lo que *son*, no una relación que eligen [...] sino un vínculo que descubren, no un mero atributo sino un elemento constitutivo de su identidad.»<sup>7</sup>

El llamado «renacimiento étnico»<sup>8</sup> ha insistido igualmente en la prioridad de los derechos culturales de las minorías y en el error liberal que consistiría en tratar a la gente con prescindencia de su vinculación esencial con determinados grupos étnicos, es decir, tan sólo como personas portadoras de derechos y desvinculadas de sus tradiciones. El universalismo sería una utopía liberal peligrosa. Para decirlo con la formulación radical de John Gray:

«[E]n el contexto intelectual y político de la última década de nuestro siglo, no puede seguirse manteniendo —ni siquiera como ficciones útiles— los mitos de la modernidad liberal: los mitos del progreso global, de los derechos fundamentales y de un movimiento secular hacia una civilización universal.»<sup>9</sup>

El argumento de la relevancia ética de las comunidades étnicas ha sido defendido principalmente por Will Kymlicka quien sostiene que la membresía en una comunidad es un bien primario cuya defensa deberían propiciar también los liberales inspirados por un igualitarismo del tipo expuesto por John Rawls.

Fernando Salmerón en un instructivo trabajo se ha referido a la posición de Johann Gottfried von Herder, quien en una paráfrasis de Isaiah Berlin afirmarí­a:

[...] entre las elementales necesidades humanas —tan básicas como las de la comida, la vivienda, la seguridad, la procreación, la comunicación— se encuentra la necesidad de pertenecer a un grupo particular unido por algunos nexos comunes —especialmente el idioma, las memorias colectivas, la vida continuada en un mismo suelo y quizás la raza, la sangre, la religión, un sentido de misión común y cosas similares.»<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Cfr. Michael J. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge University Press 1982, pág. 150.

<sup>8</sup> Cfr. Chandran Kukathas, «Are there any cultural rights?» en *Political Theory*, Vol. 20 N.º 1 (febrero 1992), págs. 105-139, aquí pág. 106.

<sup>9</sup> Citado por Chandran Kukathas en *op. cit.*, pág. 107.

<sup>10</sup> Cfr. Fernando Salmerón, «Ética y diversidad cultural» manuscrito inédito. Cfr. además, en este mismo sentido y del mismo autor, «Problemas morales de la

Antes de entrar a considerar estos argumentos, conviene señalar que no es tarea fácil precisar cuál es el alcance del concepto «comunidad». Unas veces parece estar reducido a pequeños grupos sociales en donde se darían relaciones fuertes de solidaridad; otras, se entiende a todo un Estado nacional o hasta una civilización transnacional o continental. Ejemplos de estas dos últimas versiones son las tesis de David Miller<sup>11</sup> y de Samuel Huntington<sup>12</sup>, respectivamente.

Según David Miller, los límites nacionales serían éticamente relevantes ya que

«[...] las naciones son comunidades éticas. Son las delimitaciones del paisaje ético. [...] una versión adecuada de la ética debería otorgar relevancia a los límites nacionales y sobre todo no hay, en principio, ninguna objeción en contra de esquemas institucionales diseñados para otorgar beneficios exclusivamente a quienes se encuentran dentro de las mismas fronteras que nosotros mismos.»<sup>13</sup>

## La nacionalidad

«[...] crea comunidades con el mayor número adecuado de miembros y, por consiguiente, con el mayor ámbito para la redistribución de bienes en favor de los necesitados. Unidades menores se verían inhibidas por la limitación de su base de recursos; unidades más amplias, aunque ventajosas por la razón inversa, serían incapaces de generar un consenso distributivo.»<sup>14</sup>

## Y como

«[n]o tenemos todavía una comunidad global en el sentido de que sea relevante para la justicia como distribución de acuerdo con las necesidades [...] y como no] hay consenso de que las necesidades de los otros seres humanos meramente en tanto tales me planteen de-

---

diversidad cultural» en Carlos B. Gutiérrez (ed.), *El trabajo filosófico de hoy en el continente*, Bogotá: Editorial ABC 1995, págs. 121-130.

<sup>11</sup> Cfr. David Miller, «The Ethical Significance of Nationality» en *Ethics*, Vol. 98, N.º 4 (julio 1988), págs. 647-662.

<sup>12</sup> Cfr. Samuel P. Huntington, «The Clash of Civilizations?» en *Foreign Affairs*, Vol. 72, N.º 3 (1993), págs. 22-49.

<sup>13</sup> Cfr. David Miller, «In Defence of Nationality» en *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 10, N 1, 1993, págs. 3-16, pág. 5.

<sup>14</sup> Cfr. David Miller, «The Ethical Significance of Nationality» cit., pág. 661.

mandas de justicia ni hay suficiente acuerdo acerca de qué haya de ser considerado una necesidad,»<sup>15</sup>

hay que tomar en serio el significado ético de la nacionalidad ya que ella

[...] da respuesta a una de las necesidades más apremiantes del mundo moderno, es decir, la de cómo mantener la solidaridad entre la población de Estados grandes y anónimos que posiblemente no permiten a sus ciudadanos gozar del tipo de comunidad basada en el parentesco o en la interacción cara a cara.»<sup>16</sup>

Miller fundamenta su tesis recurriendo a una afirmación de Michael Walzer según la cual

«[...] la idea de la justicia distributiva presupone un mundo interconectado dentro del cual la distribución se lleva a cabo: un grupo de gente comprometida a dividir, intercambiar y compartir bienes sociales, primeramente entre sus miembros.»<sup>17</sup>

La idea de la comunidad como punto de partida para la formulación y puesta en práctica de una justicia distributiva ha sido sostenida por no pocos autores de orientación comunitarista: se parte de una idealización de la solidaridad existente en el grupo que constituye una comunidad y se avanza luego hacia la creación de un Estado de bienestar en el que se crearían relaciones de «ayuda mutua» y de «altruismo recíproco», en donde imperaría algo así como el «equivalente político del amor», como diría Roberto Mangabeira Unger.<sup>18</sup>

Quienes sostienen la relevancia ética de las fronteras nacionales o comunitarias han solido recurrir también a las llamadas «razones socio-

---

<sup>15</sup> Cfr. David Miller, «The Ethical Significance of Nationality» cit., pág. 661.

<sup>16</sup> Cfr. David Miller, «In Defence of Nationality» cit., pág. 9.

<sup>17</sup> Cfr. Michael Walzer, *Spheres of Justice*, Oxford: Martin Robertson 1983, pág. 31. Una posición similar es la sostenida por Yael Tamir, *Liberal Nationalism*, Princeton: Princeton University Press 1993, pág. 118: el carácter comunitario de la nación es el más adecuado para promover la justicia distributiva ya que «un sentimiento [...] de proximidad y de destino compartido es una precondition de la justicia distributiva.»

<sup>18</sup> Citado según Robert E. Goodin, *Reason for Welfare. The Political Theory of the Welfare State*, Princeton: Princeton University Press 1988, pág. 77.

biológicas»: el patriotismo o la lealtad a la comunidad sería la forma biológicamente más amplia posible de solidaridad social.

Así, según Garret Hardin, el altruismo puro, universal, no puede persistir y expandirse a lo largo del tiempo. Todos los organismos superiores muestran características discriminantes. El universalismo sería una especie degenerada del altruismo:

«[el] altruismo practicado *sin discriminación* de parentesco, conocimiento, valores compartidos o continuidad en el tiempo y en el espacio [...] puede correctamente ser llamado *altruismo promiscuo*.»<sup>19</sup>

Este altruismo no sería ni siquiera recomendable como objetivo digno de ser perseguido ya que el ideal de la fraternidad universal podría ser atrayente sólo en el reino de las ideas pero, en la realidad, termina destruyéndose a sí mismo. Por ello, «[l]a fraternidad requiere alteridad. La civilización ha sido construida y puede sobrevivir sólo con una mezcla cambiante de altruismos discriminantes.»<sup>20</sup>

El universalismo estaría vinculado en la teoría política con la idea de un Estado mundial. Es la «gran ilusión de la comunidad de “intelectuales” de nuestros días.»<sup>21</sup> La competencia es, según Hardin, un elemento esencial de supervivencia; en el universalismo, por definición, esta competencia está ausente y ello significa que carece de sustentación posible:

«[El] poder de lealtad es *inversamente* proporcional al tamaño del grupo altruista. Por el contrario, el poder de controlar y reprimir es *directamente* proporcional al tamaño del grupo.»<sup>22</sup>

«El universalismo es inalcanzable y el individualismo no es suficiente; no lo es en un mundo competitivo en donde los grupos más grandes predominan sobre los más pequeños. Esta última observación debe ser entendida, por supuesto, *ceteris paribus*, pero la verdad del argumento nos lleva a la conclusión de que siempre jugará un papel importante el altruismo que está un escalón por debajo del universalismo. Este es el altruismo que llamamos “patriotismo”.»<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> Cfr. Garret Hardin, «Discriminating altruisms» en *Zygon*, Vol. 17 N.º 2 (junio 1982), págs. 163-186, pág. 172.

<sup>20</sup> *Ibidem*, pág. 184.

<sup>21</sup> *Ibidem*, pág. 173.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pág. 176.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pág. 183.

El fundamento «científico» de la «biopolítica» racial es el modelo etológico del «altruismo discriminante» y su mentor, Konrad Lorenz. Ya en 1940 y 1943 Lorenz había advertido frente al peligro de la «decadencia genética», negado la «paridad racial» y propagado una «política racial de fundamento científico»: «La idea de la raza que constituye el fundamento de nuestro régimen político [es decir, el nacionalsocialismo, EGV], ha logrado ya mucho en esta dirección».<sup>24</sup>

Una imagen antropológica «realista», se sostiene, tendría que admitir que la desigualdad de las personas es un hecho natural incontrovertible. No deja de ser interesante recordar que según los partidarios de la llamada Nueva Derecha, la igualdad es un freno para el desarrollo de la autoconciencia de los pueblos: «la nivelación de las diferencias lingüísticas y biológicas de los pueblos (“sociedades multiculturales”) significa un genocidio».<sup>25</sup> O como afirma Pierre Krebs, uno de los ideólogos de la extrema derecha europea:

«Un acontecimiento de consecuencias imprevisibles aspira a transformar el paisaje humano cultural y político de nuestro planeta. Este acontecimiento es de naturaleza ideológica y posiblemente más fuerte, más profundo y más terrible que las consecuencias de una guerra de aniquilación atómica. [...] lo que Martin Heidegger llamaba “la actitud niveladora del pensamiento” ha alcanzado mientras tanto el alcance de un sistema. Un sistema que se propone la destrucción lenta pero sin piedad de toda identidad y agrupación étnicas. Dicho brevemente: la destrucción de todas las diferentes plataformas humanas de la Tierra. Este acontecimiento es el sistema mundial igualitario, es decir, igualizante, el sistema o el instrumento para el genocidio.»<sup>26</sup>

No está de más señalar que la Nueva Derecha ha sacado de la etología, entre otras, las siguientes conclusiones:

---

<sup>24</sup> Cfr. Patrick Moreau, «Die neue Religion der Rasse - Der Biologismus und die kollektive Ethik der Neuen Rechten in Frankreich und Deutschland» en Iring Fetscher (ed.), *Neokonservative und «Neue Rechte»*, Múnich: C. H. Beck 1983, págs. 122-162, pág. 124 s.

<sup>25</sup> Cfr. Thomas Assheuer y Hans Sarkowicz, *Rechtsradikale in Deutschland. Die alte und die neue Rechte*, Múnich: C. H. Beck 1992, pág. 193.

<sup>26</sup> Cfr. Hermann Gilbhard y Holger Goblirsch, «Rückkehr des Rassenwahns?» en Wolfgang Benz, *Rechtsextremismus in der Bundesrepublik. Voraussetzungen, Zusammenhänge, Wirkungen*, Francfort del Meno: Fischer 1992, págs. 211-223, pág. 218.



«Una tarea política urgente de la actualidad es la reintegración de las personas en su medio ambiente natural, en la familia, la comunidad de la aldea, la unidad étnica y la nación. [...] Todos los elementos desestabilizantes o que se oponen a los datos biológicos (supranacionalidad, uniformidad cultural, criminalidad, negación de la integración social) deben ser combatidos.»<sup>27</sup>

Esta posición antiuniversalista suele ser reforzada en el neofascismo europeo con argumentos epistémicos de resonancia heideggeriana como los aducidos por Jean-Yves Le Gallou:

«No existe una “lógica universal” que sea válida para todos los seres racionales. [...] Hay que rechazar sistemas de valores universales: algo es bueno, verdadero, bello, sólo para el tipo humano a cuyo “sustrato étnico”, situación psicológica, composición genética y medio ambiente social y racial responde [...]. A todo “sustrato étnico” corresponde una lógica propia, una propia visión del mundo.»<sup>28</sup>

Por su parte, el conocido politólogo Samuel Huntington considera que la reducción de las comunidades a los límites nacionales es demasiado estrecha y está dispuesto a superar las fronteras estatales, pero fija también un límite superior máximo que vuelve a introducir segmentaciones en la humanidad. Se trataría ahora de la idea de civilizaciones cerradas en tanto «unidades culturales»:

«Una civilización es así la suprema agrupación cultural de las personas y el más amplio nivel de identidad cultural que las personas tienen por debajo del que distingue a los humanos de las otras especies.»<sup>29</sup>

«[...] las diferencias entre las civilizaciones son no sólo reales; son básicas. Las civilizaciones se diferencian la una de la otra por la historia, el lenguaje, la cultura, la tradición y, lo que es más importante, por la religión.»<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Cfr. Patrick Moreau, *op. cit.*, pág. 137 s.

<sup>28</sup> Jean-Yves Le Gallou, «La sémantique générale et les méthodes d'évaluation non aristotéliennes» en *Nouvelle Ecole*, No 16, pág. 55, citada según Patrick Moreau, «Die neue Religion der Rasse» en Iring Fetscher, *Neokonservative und «Neue Rechte»*. *Der Angriff gegen Sozialstaat und liberale Demokratie in den Vereinigten Staaten, Westeuropa und der Bundesrepublik*, Múnich: C. H. Beck 1983, págs. 117-162, pág. 119.

<sup>29</sup> Cfr. Samuel Huntington, *op. cit.*, pág. 24.

<sup>30</sup> Cfr. Samuel Huntington, *op. cit.*, pág. 25.

Pero, también en Huntington está presente la idea de la competitividad y del altruismo discriminante: estas civilizaciones, para poder sobrevivir, necesitan recurrir al conflicto entre ellas y estar preparadas para afrontarlo con éxito.

Común a todas las versiones de exaltación de la comunidad aquí expuestas es la insistencia en su relevancia moral para el desarrollo de la vida humana individual. Me surgen, sin embargo, no pocas dudas con respecto a las tesis que sustentan. He aquí algunas de ellas.

No alcanzo a comprender la relación entre comunidad nacional y optimalidad de distribución y tampoco me parece convincente la vinculación genética entre comunidad (sea ésta nacional, tribal o familiar) y Estado de bienestar. Países con varios grupos de nacionalidades fuertes como Suiza o Finlandia tienen, sin duda, una distribución de cargas y beneficios tan justa como la de países uninacionales como Irlanda u Holanda. Conviene, pues, andar con cuidado para no caer en la idealización de los Estados uninacionales, en esa especie de «tribalismo postmoderno», para usar una expresión de Rosalyn Higgins.<sup>31</sup>

Además, la institucionalización del supuestamente existente altruismo grupal difícilmente puede ser entendida como el origen del Estado de bienestar. En efecto:

«[c]on la institucionalización del altruismo —volviéndolo impersonal y obligatorio— el Estado de bienestar cambia fundamentalmente la naturaleza del altruismo que motiva la ayuda mutua en sociedades aldeanas.»<sup>32</sup>

El Estado de bienestar no es una mera reformulación de una solidaridad supuestamente dada en las comunidades pequeñas sino que está basado en la imposición coactiva, a través de la vía fiscal, de una redistribución de bienes cuya vigencia no depende de la actitud subjetiva del contribuyente. No se trata aquí de encontrar un «equivalente político del amor». Hablar de un amor obligado es un sinsentido como lo es el de un altruismo coaccionado. No existe, pues, una vía directa que conduzca de la postulada solidaridad de los pequeños grupos al Estado de bienestar ya que se trata de dos niveles diferentes de cuestiones y el paso del uno al otro requiere construcciones institucionales que no derivan, por así decirlo, «naturalmente» de la solidaridad comunitaria. Son las instituciones

---

<sup>31</sup> Cfr. Henry J. Steiner y Philip Alston, *op. cit.*, pág. 990.

<sup>32</sup> Cfr. Robert E. Goodin, *op. cit.*, pág. 115.

las que confieren derechos sociales inmunes a los sentimientos de simpatía o antipatía de los miembros mejor situados en la sociedad:

«Hacer depender la realización de un derecho de las actitudes positivas de aquéllos para quienes este derecho crea una obligación significa aniquilar el derecho.»<sup>33</sup>

Pero tampoco es plausible afirmar sin más que las pequeñas comunidades son siempre la sede de una vida armónica, sin conflictos, en donde el individuo pueda desarrollar más plenamente su libertad. Es probable que las medidas de coacción y de control puedan ser más eficaces en ella que en una sociedad multitudinaria, pero el hecho de que existan valores y creencias compartidos no garantiza la reducción de la violencia.<sup>34</sup> Ello dependerá, en mucha mayor medida del tipo de creencias compartidas que del tamaño de la comunidad.

Es más que dudoso el postulado herderiano según el cual la pertenencia a un grupo determinado sería una necesidad primaria o elemental. Me cuesta entender, por ejemplo, que «la vida continuada en un mismo suelo» sea una necesidad primaria. Para quien como yo ha nacido en un país de inmigrantes y por razones de biografía política ha tenido que vivir en muchos suelos diferentes, la exigencia herderiana le suena algo extraña (para usar una expresión suave). No he tenido nunca la impresión de que mis compatriotas inmigrantes o los hijos de inmigrantes hayan vivido o vivan con la sensación de que les estaba vedada la satisfacción de una necesidad básica equivalente a la «comida, la vivienda». Por lo demás, es obvio que si la tesis herderiana fuera verdadera, estos inmigrantes ni siquiera podrían haber existido ya que, por definición de necesidades básicas, no se puede vivir si ellas no están satisfechas. Pero, supongamos que la tesis de Herder no debe ser tomada al pie de la letra y que lo único que quiere decir es que favorece el desarrollo de nuestra identidad personal el sentirse unido a un suelo o «pertenecer a un grupo particular unido por memorias colectivas». Si esto fuera verdad, todo intento de adoptar un ideal de vida cosmopolita, abierta a todas las tradiciones culturales, sin selección de origen étnico, frustraría u obstaculizaría la formación de una identidad personal plena. Sé por experiencia propia que ello es falso.

---

<sup>33</sup> Cfr. Daniel M. Weinstock, «Is there a Moral Case for Nationalism?» en *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 13, N.º 1, 1996, págs. 87-100, aquí pág. 92.

<sup>34</sup> Para argumentos en esta misma línea, cfr. Michael Taylor, *Community, Anarchy and Liberty*, Cambridge: Cambridge University Press 1982, págs. 140 ss.

Pero, dejando de lado todos estos problemas, queda todavía pendiente la cuestión de saber qué quiere decir «identidad social». Henri Tajfel, «el fundador de la moderna teoría de la identidad social», la define como «el conocimiento del individuo de que él o ella pertenece a un cierto grupo social junto con alguna importancia emocional o valorativa que tiene para él o para ella la membresía en este grupo.»<sup>35</sup>

La vaguedad de esta definición permite, desde luego, las más diversas inferencias con respecto a la posible contribución del medio ambiente social a la identidad individual. En todo caso, la identidad social parecería ser algo externo a la identidad individual propiamente dicha. Como señala correctamente Bernard Williams:

«Es muy importante el hecho de que una identidad de este tipo [la identidad social, EGV] no es mi identidad en el sentido particular (individual). Si lo fuera, si se me separase de la vida y las lealtades que expresan aquella identidad (social), dejaría de existir. [...] Pero tal no es caso e insistir que no lo es no es un acto de pedantería o una afirmación de abstracta metafísica.»<sup>36</sup>

Precisamente porque la identidad personal es algo diferente de la llamada identidad social, no es un sinsentido hablar de una identidad cosmopolita como la propiciada por Jeremy Waldron o de un «ciudadano del mundo» como proponía Kant.

La confusión básica entre desarrollo de la identidad personal y desarrollo de la propia comunidad trae consigo confusiones derivadas tales como la que se da cuando se confunde la posibilidad de fundamentar un juicio moral con la necesidad de contar con un respaldo comunitario, o la que equipara bienes primarios con la membresía en alguna comunidad humana. Esta última es la confusión que subyace a esta frase de Michael Walzer:

«El bien primario que distribuimos recíprocamente es la membresía en alguna comunidad humana.»<sup>37</sup>

Y también surgen falsos dilemas: o se es cosmopolita y entonces se carece de identidad personal o se posee identidad personal y entonces hay que propiciar lo que podría llamarse «cultura parroquial».

---

<sup>35</sup> Citado según Bernard Williams, «Identity and identities» en Henry Harris, *Identity*, Oxford: Clarendon Press 1995, págs. 1-11, pág. 9.

<sup>36</sup> Cfr. Bernard Williams, *op. cit.*, pág. 8.

<sup>37</sup> Cfr. Michael Walzer, *Spheres of Justice - A Defense of Pluralism and Equality*, Nueva York 1983, pág. 31.

No puedo dejar de coincidir aquí con Leon Wieseltier cuando afirma:

«La autenticidad es un ideal reaccionario. Estrictamente hablando es un antiideal. Afirma: lo que ha sido es lo que debe ser. Es la idolatría de los orígenes.»<sup>38</sup>

En esta «idolatría de los orígenes» parece haber caído el gobierno de Georgia cuando anunció que privaría de la ciudadanía georgiana a aquellos habitantes que no pudieran demostrar que sus antepasados habían vivido en esta república caucásica antes de 1801.<sup>39</sup>

Pero hay algo más. La apelación al origen específico de cada cultura y a su relevancia para la identidad personal, se opone radicalmente a una fundamentación universal de los derechos humanos. Como afirma lúcidamente Fernando Savater:

«[...] el origen cumple primordialmente una función *discriminadora*, la de optar entre unos y otros: aún mejor, legitima a unos para excluir a otros. [...] El origen es una señal distintiva, el índice de una pertenencia compartida: determinado parentesco nacional o racial, un agravio fundacional común, la pertenencia a determinada iglesia que administra la revelación divina contra incrédulos y herejes. Lo universal no sirve como origen porque cualquiera lo alcanza y no funciona como factor de discriminación. Los derechos humanos, por ejemplo, son la negación de lo originario, porque dicen provenir del reconocimiento antidiscriminatorio de la *actualidad* efectiva de la humanidad en cada individuo pasando por alto la peculiaridad de origen.»<sup>40</sup>

## 2

Por lo que respecta a la fundamentación del contenido de los derechos humanos, puede pensarse en dos alternativas básicas: la del consenso y la del disenso. La del consenso puede dividirse a su vez en dos

---

<sup>38</sup> Cfr. Leon Wieseltier, «Contra la identidad» en *Vuelta*, México, N.º 228 (1995), págs. 15-21, pág. 19.

<sup>39</sup> Cfr. Jeremy Waldron, «The Cosmopolitan Alternative» en Will Kymlicka, *The Rights of Minority Cultures*, Oxford: Oxford University Press 1995, págs. 93-119, pág. 113.

<sup>40</sup> Cfr. Fernando Savater, «El origen como meta y como mito» en *Vuelta*, vol. cit., págs. 24-25, pág. 24.

variantes: el consenso fáctico y el hipotético. Pienso que estas tres posibilidades son impracticables.

En otro lugar<sup>41</sup>, he tratado de demostrar que el consenso, tanto en su versión fáctica (en autores como Niklas Luhmann, James S. Fishkin y Jürgen Habermas) como en su versión hipotética (James Buchanan, John Rawls o David Gauthier, por ejemplo) no puede servir como punto de partida para la fundamentación de principios y normas jurídicas moralmente legítimas. Dicho brevemente: el consenso meramente fáctico es el resultado de una racionalidad estratégica que puede conducir a los más aberrantes resultados, y el hipotético, en el mejor de los casos, una dramatización innecesaria de la idea del agente moral kantiano ya que en ella participan seres individualmente indiscernibles.

El consenso fáctico mayoritario (o unánime) es, en el fondo, una versión más del «punto de vista cultural». En este sentido, valen para él las objeciones presentadas más arriba.

Si ello es así, podría pensarse que lo relevante es

### *El disenso de las minorías*

Dejando de lado las dificultades vinculadas con la denotación de la palabra «minoría» (¿étnicas, religiosas, ideológicas, o de acuerdo con sus hábitos sexuales, edad, educación, etc.?), podría aceptarse sin mayor inconveniente que una de las características de toda minoría relevante es su actitud de disenso con respecto a las medidas adoptadas mayoritariamente. Si se acepta esta propuesta, conviene detenerse entonces a analizar el significado político del disenso.

Como es sabido, Javier Muguerza ha sido en el ámbito de lengua castellana quien con mayor vehemencia y mejores argumentos ha insistido en la «relevancia discursiva del disenso».<sup>42</sup> Analicemos más de cer-

---

<sup>41</sup> Cfr. Ernesto Garzón Valdés, «Consenso, racionalidad y legitimidad» en del mismo autor, *Derecho, ética y política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales 1993, págs. 455-471.

<sup>42</sup> Cfr. Javier Muguerza, «La obediencia al derecho y el imperativo de la disidencia. (Una intrusión en un debate)» en *Sistema*, N.º 70 (1986), págs. 27-40 y del mismo autor, *Desde la perplejidad*, México/Madrid/Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica 1990.

ca la vía del disenso. Por lo pronto, cabe preguntarse en qué consiste la diferencia entre consenso y disenso. Dado el carácter negativo del disenso, éste está siempre referido a un consenso previo; su calidad ética habrá de depender de la calidad ética de lo negado. Podría pensarse entonces en las siguientes alternativas:

- a) que el consenso adoptado responde a principios básicos de la moralidad política. Un ejemplo de consenso fáctico que satisficiera estas condiciones puede ser el caso de constituyentes que establecen, por unanimidad, el catálogo de derechos fundamentales que figuran en constituciones como la española o la alemana;
- b) que el consenso adoptado viola estos principios, como puede ser el caso del consenso de los jefes nazis reunidos en 1942 a orillas del Lago de Wann, sobre la «solución de la cuestión judía».

En el caso a) es obvio que el disenso carece de todo valor moral. Tal es el caso del disenso de los encomenderos en México y el Perú con respecto a las llamadas Leyes Nuevas de 1542.

En el caso b) el disenso puede ser, por lo menos, de dos tipos:

- b<sub>1</sub>) quien disiente no lo hace por razones moralmente aceptables sino hasta moralmente repugnantes: sería el caso del nazi que en la reunión del Lago de Wann disiente de la «solución Auschwitz» porque piensa que es mejor fusilar judíos;
- b<sub>2</sub>) quien disiente lo hace por razones morales, por respeto a la «condición humana». El disidente pone de manifiesto que el principio de no dictadura, formulado por Kenneth J. Arrow en su famoso teorema, no es siempre válido en cuestiones morales. Es el caso de los disidentes que protagonizan a lo largo de la historia las emancipaciones de la dominación y la discriminación arbitrarias, historia que dista mucho de estar concluida y que requiere la presencia de disidentes alertas como los propuestos por Muguerza.

Es interesante tener en cuenta que a lo que aspira el disidente es que los demás lleguen a un consenso acorde con su disidencia. La situación final a la que se aspira es la del consenso. En este sentido, el disenso es una actitud transitoria enmarcada por dos consensos: el que se niega y el que se desea lograr. El disenso, a diferencia del consenso, no tiene aspiraciones de estabilidad. El disenso tiende a autoeliminarse creando las circunstancias en las que deja de ser necesario.

Sin embargo, de aquí no puede inferirse (como lo pone de manifiesto el caso b,) ) que el disenso constituya un remedio para «el» punto flaco de la teoría del consenso. Es obvio que consenso y disenso se diferencian por la nota de negación que este último contiene pero, lo importante no es la negación en sí sino lo que se niega. Para evitar caer en la situación anárquica en la que cada cual juega su juego y no acepta jugar el juego de los demás sólo en aras de una mayor diversidad, hay que determinar previamente cuáles son los juegos moralmente admisibles.

Pero, si esto es así, a la pregunta acerca de cuál es la relevancia moral del disenso sólo se puede dar respuesta si se sabe contra qué consenso previo se dirige y cuál es la calidad moral del disenso. Y así como la calidad moral del consenso no puede ser referida al consenso mismo, lo mismo sucede con el disenso.

Pero, como el disenso moralmente justificado apunta a la creación de un consenso moralmente justificado, podría pensarse que en la génesis de los derechos humanos existe siempre un disenso. En vez de un consenso originario, podría hablarse de un «disenso originario». Si ello es correcto, podría darse un paso más y admitir la plausibilidad de la alternativa del disenso.

Un primer argumento que podría aducirse en favor de la alternativa del disenso es el de la experiencia histórica: la conquista de los derechos humanos. Dolf Sternberger<sup>43</sup> ha ilustrado con buenos ejemplos el papel de los disidentes en el desarrollo de la emancipación social y en la formulación de los derechos humanos, desde las dos grandes revoluciones del siglo XVIII hasta nuestros días. Pero, como el mismo Muguerza lo reconoce, la historia presenta también abundantes contraejemplos. Los encomenderos disidentes no contribuyeron, por cierto, a la mejora de la condición humana del indio al lograr la derogación de las Leyes Nuevas, y no hay que olvidar que Hitler fue un disidente en Weimar. La historia da para todo.

Si se acepta que el disenso tiene, en tanto negación, que estar referido siempre a un consenso previo, cabe preguntarse de qué tipo de consenso se trata: fáctico o hipotético. Y en ambos casos, la insuficiencia del consenso como fuente de legitimidad se transmite al disenso que lo niega: la calidad moral, tanto del consenso como del disenso, no puede derivar del hecho del consenso o del disenso.

---

<sup>43</sup> Cfr. Dolf Sternberger, *Herrschaft und Vereinbarung*, Francfort del Meno: Suhrkamp 1986, págs. 129 ss.



Aun cuando no se aceptaran estas observaciones, lo que parece indiscutible es que no es la existencia del consenso o del disenso lo que fundamenta los derechos humanos o la legitimidad sino justamente al revés. Sostener lo contrario equivaldría a aceptar una especie de «alquimia del consenso»<sup>44</sup> o del disenso, que transformaría los actos de voluntad de quien consiente o disiente en moralmente valiosos por el sólo hecho de ser manifestaciones consensuales o disensuales. Sólo un consenso que respete los derechos humanos es éticamente aceptable. Lo mismo vale para el disenso. El hecho de que el consenso presuponga pluralidad de individuos o el disenso proceda «de una decisión tomada en la soledad de la conciencia» (Muguerza 1989, 51) no constituye una diferencia esencial entre ambos ya que también quien consiente puede prestar su consentimiento en virtud de una decisión tomada en la «soledad de su conciencia». Pero, en todo caso, queda en pie la incapacidad de ambos recursos para fundamentar la corrección moral de la democracia.

### *Una propuesta de fundamentación racional del contenido de los derechos humanos*

Los argumentos presentados más arriba en contra de la vigencia universal de los derechos humanos responden, como se ha visto, a una versión relativista de la ética que subraya el carácter socialmente dependiente de sus principios y reglas. Cada sociedad tendría su propia concepción de lo bueno moral y no estaría moralmente justificado hacer valer una concepción sobre las demás. La cuestión es, pues, saber si no existe alguna otra vía de fundamentación que permita obviar esta dificultad.

Admitamos que cuando ingresamos en el ámbito de las concepciones de lo bueno entramos en un terreno inseguro ya que no es posible formular con precisión qué es lo bueno para cada cual. Evitemos el tembladeral y vayamos a un terreno más firme o preparémosnos adecuadamente para ingresar en aquél a través de un desvío.

La vía que deseo proponer es la de considerar no lo que es lo bueno sino lo que es lo malo. Por supuesto que alguien podría aducir que éste es un recurso barato ya que lo malo es la privación del bien, como diría San Agustín. Pero no nos apresuremos.

---

<sup>44</sup> Cfr. Brian Barry, *Theories of Justice*, Berkeley/Los Angeles: University of California Press 1989, pág. 361.

La vía propuesta es una «vía negativa» que partiría de tres suposiciones básicas.

La primera consiste en sostener una concepción del agente humano cuyas reglas de comportamiento no son las de un «club de suicidas», como diría Herbert Hart:

«No podemos hacer abstracción del deseo general de vivir y tenemos que dejar intactos conceptos tales como peligro y seguridad, daño y beneficio, necesidad y función, enfermedad y curación; pues éstas son vías para describir y apreciar simultáneamente las cosas haciendo referencia a la contribución que prestan a la supervivencia, que es aceptada como un fin. [...] Para plantear [...] cualquier cuestión acerca de *cómo* deberían convivir las personas, tenemos que suponer que su objetivo, hablando en términos generales, es vivir.»<sup>45</sup>

La segunda suposición es una concesión parcial al relativismo ético: admitamos que no existe ninguna concepción de lo bueno que no pudiera ser puesta en duda razonablemente.

La tercera recoge una constatación de Brian Barry relacionada con la cuestión de por qué la moralidad del sentido común establece una distinción entre evitar un daño y promover un bien:

«La razón es que hay enorme desacuerdo acerca de en qué consiste lo bueno mientras que personas con una gran variedad de concepciones de lo bueno pueden estar de acuerdo con lo malo del daño.»<sup>46</sup>

La vía negativa podría consistir en buscar, por lo pronto, alguna concepción de lo malo cuya aceptación fuera irrazonable. Partiría, pues, de lo absolutamente irrazonable, es decir, de estados de cosas cuyo rechazo sería unánime, independientemente de la concepción de lo bueno que se tenga o, dicho con otras palabras, cuya aceptación sería una «perversión irracional» («*irrational perversion*»).<sup>47</sup> Tal vez no habría mayor inconveniente en utilizar aquí la expresión «irrazonable por excelencia».

---

<sup>45</sup> Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press 1963, pág. 188.

<sup>46</sup> Brian Barry, *Justice as Impartiality*, cit., pág. 25.

<sup>47</sup> Georg Henrik von Wright, «Science, Reason, and Value» en del mismo autor, *The Tree of Knowledge and other Essays*, Leiden/Nueva York/Colonia: E. J. Brill 1993, págs. 229-248, pág. 247.

Tras la barbarie del holocausto, no pocos autores han recurrido a la idea del «mal radical», expresada por Kant en «La religión dentro de los límites de la mera razón». El sentido de esta expresión ha sido, desde luego, modificado ya que no se refiere sólo a «la maldad insuperable» que habita en el corazón humano y que no puede «ser totalmente eliminada», una versión secularizada del pecado original, sino al mal absoluto, a la evidencia empírica del mal.

Lo radicalmente malo impide la realización de todo plan de vida (en cuya formulación suele manifestarse la concepción de lo bueno). Así, podría decirse que para John Stuart Mill, tan enemigo de todo tipo de paternalismo, la esclavitud era una de las manifestaciones de este mal radical, y, por ello, rechazaba la permisibilidad moral de la esclavitud voluntaria aduciendo que la libertad era condición necesaria para la realización de todo plan de vida.

La vía negativa aquí propuesta es similar a la de Partha Dasgupta:

«Mi idea es que estudiando una forma extrema de mal-estar («ill being») podemos obtener una comprensión del bien-estar («well being»).»<sup>48</sup>

No deja de ser interesante señalar que los intentos de justificación del establecimiento de un orden estatal suelen partir de la presentación de alternativas caracterizadas por notas negativas extremas cuya vigencia, se supone, nadie estaría dispuesto a aceptar, cualesquiera que puedan ser las concepciones de lo bueno que cada cual sustente. Baste aquí, como ejemplo, recordar a dos autores, que manifiestamente tenían concepciones diversas acerca de lo bueno (al menos por lo que respecta a lo bueno político), Thomas Hobbes y John Locke. Como es bien sabido, en el estado de naturaleza hobbesiano la vida es «solitaria, pobre, desagradable, brutal y breve».<sup>49</sup> No muy diferente es la versión de John Locke: en la vida social pre-estatal imperan la «enemistad, la malicia, la violencia y la destrucción mutua».<sup>50</sup> Ambos autores están persuadidos de que ningún ser razonablemente racional habrá de optar por el mantenimiento de esta precaria situación. El establecimiento de un orden social es, tanto para Hobbes como para

---

<sup>48</sup> Partha Dasgupta, *An Inquiry into Well-Being and Destitution*, Oxford: University Press 1993, pág. 8.

<sup>49</sup> Thomas Hobbes, *Leviathan*, Londres: J. M. Dent & Sons 1957, pág. 65.

<sup>50</sup> John Locke, *The Second Treatise of Government*, Indianápolis: The Bobbs-Merrill Company 1952, pág. 13.

Locke, el primer paso para la superación del «mal-estar» del estado de naturaleza.

Otro es el caso cuando se trata de concepciones de lo bueno. Aquí no sólo existen divergencias notorias y hasta irreconciliables entre los diferentes individuos sino que aquello que es bueno para una misma persona parece no poder ser nunca alcanzable plenamente. Nicolás Maquiavelo lo sabía: «los deseos humanos son insaciables, pues la naturaleza humana desea y quiere todo [...] de aquí surge [...] una eterna insatisfacción [...]»<sup>51</sup>

Es verdad que el argumento agustiniano es bien fuerte y hasta parece ser irrefutable: lo malo sería siempre la negación de lo bueno. Sin embargo, si se ven las cosas desde una perspectiva algo diferente, tal vez podría admitirse que es más fácil comprobar un consenso universal acerca del mal radical que acerca de lo bueno absoluto.<sup>52</sup> El propio dinamismo de los deseos humanos hace difícil precisar la denotación de lo bueno en sí. Es ello justamente lo que aconseja dejar librado a cada cual las estrategias de la felicidad y, en cambio, encomendar al orden político-jurídico la tarea de superar los llamados «estados de naturaleza».

Pero no sólo parece haber consenso acerca de la irrazonabilidad del llamado «mal radical». También con respecto al concepto de daño pienso que existe un acuerdo básico, cualquiera que pueda ser la concepción de lo bueno que se sustente. Brian Barry ha observado al respecto:

«Sin embargo, para la justicia como imparcialidad, la importancia del daño reside en que es reconocido como malo dentro de una amplia variedad de concepciones de lo bueno [...]. Se ha sostenido muy a menudo como crítica a este paso que el concepto de daño no puede funcionar de esta manera porque el contenido de “daño” refleja la concepción particular del bien de la persona que emplea el término. Sin embargo, nunca he visto que esta afirmación esté respaldada por una evidencia convincente y no creo que pueda serlo. Vale la

---

<sup>51</sup> Niccolò Machiavelli, *Discorsi*, Stuttgart: Alfred Kröner 1977, pág. 163.

<sup>52</sup> No deja de ser interesante señalar que el recurso de la vía negativa ha sido utilizado también para facilitar la definición de conceptos tales como el de «libertad social». Tal es el caso, por ejemplo, de Felix Oppenheim (*Political Concepts. A Reconstruction*, Oxford: Blackwell 1981, pág. 53): «Examinaré, primero, el concepto de no-libertad (*unfreedom*) social por que es el más simple [...] y porque nos ayudará a definir el concepto de libertad social.»

pena tener en cuenta, por ejemplo, que toda sociedad recurre a una gama muy limitada de castigos tales como privación de dinero o propiedad, encierro físico, pérdida de partes del cuerpo, dolor y muerte. A menos que esto fuera considerado por gente que tiene una amplia variedad de concepciones de lo bueno como males, ellos no funcionarían confiablemente como castigos. Es también relevante que aun en sociedades con ideas acerca de la causación del daño que no compartimos, nos es familiar la concepción de los tipos de cosas que constituyen daño.»<sup>53</sup>

Es decir que las diferentes concepciones morales no se diferencian tanto por lo que respecta a qué ha de constituir un daño sino más bien por las razones que justifican la imposición del mismo. Obviamente, ellas serán tanto más razonables cuanto menos se acerquen innecesariamente al cerco de lo irrazonable.

Desde lo irrazonable por excelencia y su negación<sup>54</sup>, se puede iniciar la marcha moral que consiste en irse alejando de la «perversión irracional» o del «mal-estar». Cada uno de estos pasos podrían ser calificados de razonables. Cuáles sean los pasos que haya que dar para lograr avances en esta dirección es algo que depende de la situación de cada sociedad.

En todo caso, estos pasos deberían satisfacer, por lo menos, dos condiciones mínimas:

a) No lesionar aquello que, utilizando la terminología de Thomas Nagel, podría llamarse la «razonable parcialidad» de todo agente.<sup>55</sup> Las normas morales no prescriben comportamientos supererogatorios que impongan a sus destinatarios actitudes de autosacrificio propias del héroe o del santo. Así, por ejemplo, por más respeto que se tenga por la

---

<sup>53</sup> Brian Barry, *Justice as Impartiality*, Oxford: Clarendon Press 1995, pág. 141.

<sup>54</sup> La vía de partir de lo extremadamente malo, para luego pasar a lo mínimamente bueno y a lo óptimo, puede ser bien fecunda. Así Dasgupta (*op. cit.*) parte del concepto de «ill-being» para acercarse a una mejor definición del «well-being». En el caso de la discusión acerca de la universalidad de los derechos humanos, muchas veces trabada por el argumento de que ellos responden a una concepción del bien propia de las sociedades occidentales, es aconsejable también partir del análisis de lo que universalmente es considerado como malo o dañoso, por ejemplo: la muerte, la tortura, la miseria.

<sup>55</sup> Sobre este punto y sobre las condiciones de «nonrejectability» de las normas morales y su vinculación con el criterio de razonabilidad, cfr. Thomas Nagel, *Equality and Partiality*, Oxford: Oxford University Press 1991, págs. 38 ss.

vida de los demás, el agente destinatario de una norma moral privilegiará la salvación de su propia vida. El no haber considerado este aspecto de razonable parcialidad es lo que probablemente le hacía pensar a Max Weber que

«El mandamiento evangélico es incondicionado e inequívoco: dona lo que tienes, todo simplemente. [...] Una ética de la indignidad, a menos que se sea un santo. Esto es: hay que ser un santo en todo, al menos querer serlo, hay que vivir como Jesús, como los apóstoles, como san Francisco, entonces tiene sentido esta ética y es expresión de una dignidad. En caso contrario, no.»<sup>56</sup>

El criterio de razonabilidad no nos impone andar por el mundo con una cruz a cuesta ni privarnos de la satisfacción de nuestras propias necesidades para satisfacer necesidades o deseos de un mismo nivel de las demás personas. El criterio de razonabilidad impide justamente que el mundo se convierta en un «infierno moral».

b) No dar lugar a situaciones de privilegio que van más allá de la «razonable parcialidad» o promueven comportamientos parasitarios. Si el cumplimiento de la primera condición impide la aparición del infierno moral, la segunda prohíbe el establecimiento de «paraísos de egoísmo» en donde la satisfacción de nuestras necesidades y deseos se realiza a costa del sacrificio de necesidades y deseos del mismo nivel de las demás personas.

Las declaraciones de derechos humanos pueden ser consideradas como la formulación explícita de los pasos necesarios para apartarse del mal-estar. En la medida en que ellas sean tomados en serio, tanto más razonable será la configuración normativa de una sociedad.

Es verdad que para su fundamentación hay que recurrir a la aceptación de supuestos básicos y que alguien podría objetar que, tras haber criticado el recurso al consenso fáctico, he vuelto a hacer uso de él. De acuerdo; pero conviene tener en cuenta que este consenso o deseo universal de vivir en condiciones que nos alejen del mal-estar es utilizado como hipótesis a partir de la cual es posible inferir un catálogo de deberes y derechos cuya violación significaría una contradicción de esta misma hipótesis. Dicho con otras palabras: quien desee poner en tela

---

<sup>56</sup> Max Weber, «Politik als Beruf» en *Gesammelte politische Schriften* (he- rausgegeben von Johannes Winckelmann, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 1958, págs. 505-560, pág. 550.

de juicio la propuesta aquí presentada tendría que negar los supuestos básicos formulados, es decir, tendría que sostener que la sociedad es un club de suicidas, que el ser humano es básicamente masoquista pues desea la miseria, la tortura y la muerte y que lo que todas las sociedades consideran como castigo, o sea la imposición de algún mal, es, en el fondo un premio ya que todo ser humano tiene vocación de mártir. Creo que ésta no es una tarea fácil.

Y una última reflexión de tipo más bien pragmático-político: quienes se oponen a la vigencia universal de los derechos humanos suelen ser quienes se benefician de su violación: los dictadores, los que explotan a los más débiles (mujeres y niños) y los que aspiran al «paraíso de egoísmo» con comportamientos parasitarios. La autoridad moral de este tipo de objetores me parece algo más que dudosa tanto más cuanto que son los primeros en invocar los derechos humanos cuando se trata de asegurar su propio bienestar. La historia y la crónica cotidiana ofrecen innúmeros ejemplos al respecto. En todo caso, el cinismo moral no puede ser tomado en cuenta como punto de partida para aducir diferencias culturales o supuestas identidades sociales que convertirían a los derechos humanos en una versión secularizada de concepciones etnocéntricas de la vida del hombre en sociedad.





# New Trends in Amnesty International's Work

por **D. Pierre Sané**

*Conferencia pronunciada  
el 24 de marzo de 1998*

Forum Deusto



## **New Trends in Amnesty International's Work**

por D. Pierre Sané\*

Let me start first by thanking the Rector and Dr. Oráa for this kind invitation. It is a great pleasure for me to be here in Bilbao in this historic University, which is lucky to be located in front of another historic monument, the Guggenheim Museum.

What I would like to discuss with you tonight is how Amnesty International is analyzing and understanding the changes in the world, especially since the fall of the Berlin Wall, and their impact on the human rights situation worldwide; and as a result how we have been trying to adjust our strategies to deal with these changes.

This year 1998 will be the 50th anniversary of the Universal Declaration of Human Rights. It will be an occasion and an opportunity for people to engage in various debates, conferences and assessments about what has been achieved —what has changed and what has not changed. At the end of the day I am sure that people will not agree on the achievements, because looking at a glass you can see it either half empty or half full.

Changes for the better have occurred over the past 50 years. In the last 50 years we have been witnesses to the end of colonialism, to the

---

\* Pierre Sané, Secretario General de Amnistía Internacional, nació en Dakar, Senegal, y actualmente tiene fijada su residencia en Londres. Cursó estudios doctorales en la Universidad Carleton en Canadá, es Master de Ciencias de la Administración Pública de la London School of Economics y tiene diplomas de postgrado de Finanzas y Contabilidad y de Comercio y Administración de Empresas por las Escuelas de París y Burdeos. Trabajó durante 15 años en el ámbito del desarrollo internacional. Fue Director Regional para Africa Occidental y Central primero, y después para Africa del Este y del Sur, del Centro de Desarrollo Internacional, Agencia de Desarrollo Internacional de Canadá. Desde 1988 es miembro de Amnistía Internacional, de la que fue designado Secretario General en octubre de 1992.

end of institutionalised racism in the United States, to the end of apartheid. However, in the last 10 years, we have also been witnesses to genocide. Genocide in Rwanda, genocide in Bosnia... We have seen an increase in the number of armed conflicts. The Red Cross has predicted that in the next year or two, the total number of internal conflicts in the world will be 40, which is almost one nation out of 4 or 5 experiencing some form of violent political confrontation.

We have also seen in the past 10 years the rise of religious fundamentalism, the rise of nationalism, racism, xenophobia, and we continue to see impunity in many countries and the increasing use of the death penalty in countries that have retained it.

Whether things have changed or whether things have not fundamentally changed is not just a theoretical debate, it is a reality which confronts us in the human rights movement, which confronts the activists, which confronts Amnesty International. It is a reality that has to do with life and death, because the way we adjust our strategies or not has a significant bearing on the lives of millions of people around the world, and the verdict of relevance for our organisation is ultimately rendered by those who still struggle below the threshold of humanity.

Let us quickly see what is happening in the different regions of the world. Let me take you with me on a quick tour, necessarily incomplete, of what is happening in different regions, things that I have experienced directly, first hand, as I visit different countries, as I meet human rights organisations, as I meet victims and their families and as I meet government representatives.

When I visited Brazil a couple of years ago, I received first hand evidence that the targets of state repression in Brazil and in many countries in Latin America have changed. They have shifted from the political opponent to the masses of the poor and the disadvantaged in society. In Latin America, political pluralism has prevailed over the military dictatorship, but social justice remains as elusive as ever. There is today a consensus among the elites in the military, business and politics around the neo-liberal economic model, around formal democracy and around human rights rhetoric. But there is also another more sinister consensus in Latin America, which is around the legitimacy of the use of state violence against those who are excluded from the model. But in order to protect the veneer of state respectability, more and more the «dirty job» in Latin America is done by death squads, which allow the state to keep a distance from the human right

violations. And the human right defenders, those who expose and tear apart this veneer of respectability, have become targets of state repression.

Or take South Africa, a country that I visit regularly. From the end of apartheid, from the coming into being of the new South Africa, we have had a disagreement with the new government, a disagreement on the issue of impunity for the former perpetrators. In our stand against impunity, we attracted accusations of «endangering the miracle of reconciliation». Now, in Africa, internal conflicts remain the dominant context in which massive human right violations are committed or are swept under the carpet in the name of post war reconciliation.

Increasingly today in Africa, conflicts are conveniently attributed to «irreconcilable ethnic differences». Atrocities that are committed by the combatants are in turn deemed inevitable due to so-called «stock of ancestral hatred», which allows governments and foreign powers to evade their obligations in the field of human right protection. Claiming that they are faced with «the intractable problem of ethnicity» allows them further to forego their responsibilities by de-linking conflicts from the failures of an imposed development model, which prompts them finally to push for quick fix peace settlements, burying the past and resuming business as usual. From Shell to the World Bank; from the African governments to the armed opposition groups; from the foreign powers to the United Nations, our goal in Africa is to impose accountability on all actors and bring an end to impunity.

Two years ago I visited Israel and the Palestinian Authority. On both sides I was confronted with strikingly similar arguments. In short, to save the peace process human rights had to be sent «on holiday». Hence, Israel was about to legalise torture —hiding behind the spurious argument of the «ticking bomb». Since then, Israel has legalised torture and is the first country ever to have done so. Yasser Arafat demonized the few Palestinian human right defenders, labelling them «enemies of the peace process», because they were exposing the human right violations committed by the Palestinian police forces. On both sides without much public outcry. On both sides with the tacit support of the international community. In the Middle East the brutal politics of the region have not been conducive to building a human right culture. A significant component of our strategy there will include human right education and public debates.

Or take China or Indonesia. The lure of hefty profits in the new Eldorado of capitalism is silencing moral obligations everywhere. Economic growth has boosted the self-confidence of many Asian governments, prompting challenges to universal values and to the Universal Declaration of Human Rights. Hopefully, the crisis in that region of the world will bring more humility. In Asia, our work includes defending the universal values which underpin the UN Charter which governments themselves, including those of Asia, have enacted.

Or take the United States of America. I went to Atlanta during the Olympics when 11,000 athletes of all races were competing under the banner of the Olympic ideals of «brotherhood and fair play». All those athletes were hosted by the state of Georgia, which has a long history of racist violence against the black population. Between 1880 and 1930, 3,220 blacks were lynched by mobs in the southern states of the United States. Today, lynching has been replaced by electrocution and lethal injection, and the state has taken over from the mobs the role of the executioner. But the sentence of death continues to be applied in ways that are racist, arbitrary and unfair. As I speak, the state of Florida is resuming executions after a one year suspension. The suspension was because when they executed a prisoner last year on the electric chair, the prisoner was burnt to death because the electric chair did not work very well. The state of Florida executed again yesterday. This week they are planning to execute three more people and, among those, there is one woman that is likely to be executed. She will be the first woman to be executed in Florida since 1848 and the second to be executed in the United States this year.

Throughout the western world the politics of exclusion, racism and xenophobia puts minorities, migrants and refugees at a growing risk of being stripped of their humanity and of their rights, and in Europe and in the USA vigilants more than ever remains the order of the day. We should always keep in mind that the Universal Declaration of Human Rights came in response to the cries of the millions of the victims slaughtered in the concentration camps of Germany, right in the middle of Europe, or annihilated by the American nuclear bombs in Hiroshima and Nagasaki.

Yes, the reality of human right work is changing but the reality is as ever shaped by greed, political expediency, social injustice and brutality.

The Berlin Wall has been brought down, sweeping away repression in the name of containing communism here or advancing communism

there, but in its wake, old and new walls are mounting within nations and between regions. When the Berlin Wall came down, Amnesty International said: «There are still many walls; let us not forget them».

Let me suggest four of them.

First, the wall of *poverty*: according to the UNDP more than one third of the world population lives in absolute poverty and every day 35.000 children die of malnutrition and preventable diseases. On the other hand, wealth is being concentrated in fewer and fewer hands. A global dividing wall is cutting across societies and regions posing dangerous threats to our future.

Second, the wall of *intolerance*: the vacuum created by the collapse of the socialist alternative is being filled by 19th century ideologies and a return to religious, ethnic and nationalist fundamentalisms. Simplistic solutions to complex problems are offered, scapegoats and new enemies are identified, bright futures are promised. Racism, xenophobia and religious intolerance are generating violent conflicts and erecting a wall of fear and insecurity for the «Other».

Third, the wall of *indifference*: as the TV screens world wide bring daily their dose of atrocities, whole generations grow accustomed to the plight of the victim, to the ineffectiveness of the so called «international community» to contain the massive violations of Human Rights broadcasted in full technicolour in front of our very eyes. Slowly many accept that nothing is being done, many agree that nothing can be done, and some even profess that nothing should be done.

Fourth, the wall of *hypocrisy*: more than ever before, governments throughout the world are proclaiming their attachment to the principles of international cooperation to eradicate the scourges of poverty and violations of the dignity of human beings. They all promise to protect the earth our common heritage and to guarantee peace and prosperity for all. World conference after world conference the same promises are made. But the gap between rhetoric and reality is as big as the gap between rich and poor. Everywhere narrow economic and strategic interests take precedence over principles and promises. Human Rights bureaucracies proliferate to protect a country's image but are impotent to stem the tide of massive Human Rights violations.

Right now there is a debate in Spain regarding the jurisdiction of the Spanish courts over the crimes committed in Chile and in Argentina during the years of military rule. Amnesty International's

position and answer is yes. Amnesty International fully supports the initiatives taken by the two judges, based on international human rights law. The crimes committed in Chile and Argentina were massive and systematic. Nine thousand people «disappeared» in Argentina. At least three thousand people in Chile «disappeared», were killed or died under torture. Those were crimes against humanity and crimes against humanity are imprescriptible. They cannot be amnestied by Parliament.

Crimes against humanity can be prosecuted under universal jurisdiction. Any country can initiate legal action and prosecute perpetrators of these crimes, irrespective of where the crimes occurred and irrespective of who the perpetrator was. We applaud the initiative taken in Spain. We have applauded similar initiatives taken in France and in Italy, and hope that as these initiatives evolve in response to a sentiment in public opinion, perpetrators of human right violations will understand that they will have no place to hide. This is one of the best ways to prevent crimes against humanity and further genocide.

Now these are some priority areas in which Amnesty International is working. What we really want to do is to bring down all these walls—bring them down in order to assert the humanity of all while celebrating and valuing our differences.

In order to achieve these we need to win a few challenges.

When Human Rights violations occur on such a massive scale the challenge for Amnesty International is to maintain the focus on the individual victim. This we do by preserving the identities of each these victim. This we do by preserving the identities of each of these victims behind these global walls, by naming them. by providing the stories of their lives. The horror of the numbers should not obliterate the humanity of each individual. We need to win the challenge of *humanity*.

The challenge is further to continue to point to responsibility and to demand individual accountability. In spite of the systems and structures that condition Human Rights situation individuals have taken decisions, other individuals have carried out orders. They need to be brought to justice wherever they are. We need to win the challenge of *impunity*.

The challenge also is to win and maintain the compassion and solidarity of individuals worldwide. We should not allow good society to be dehumanized by failing to feel and act to preserve the dignity



and lives of fellow human beings. We need to continue to persist relentlessly that change is possible through the collective of individuals taking action. «L'Homme est el remede de l'homme» says an African proverb. What man does, man can undo. We need to win the challenge of *compassion*.

What we want to give to our members is a message of relevance, of hope and solidarity. And it is that we can create an image as compelling as the POC to address today's violations. That image is the Human Rights Defender. She is on the front line defending the weak, demanding redress, prosecuting the violators, organizing the workers or the landless peasants, bridging the gap between the Hutus and Tutsis. She is the target of state security, of the paramilitaries, of the extremists. With our help and protection she can bring a Human Rights order to her country. We need to win the challenge of *action*.

Concurrently we need to engage the battle about values. The dominant value today is money. You have it or you struggle for it. It is becoming the yardstick to measure one's worth and which side of the wall you belong to. The economic imperative takes precedence over the social needs and is sidelining the political sphere.

«Free the markets, deregulate, privatize, roll back the state and globally we shall all prosper.» What is now «la pensee unique» is quick to stigmatize any advocacy of alternative values as «ideological, irrealist or at best idealist». International financial institutions, universities, foundations, big medias, politicians keep on repeating this same gospel further deepening the moral vacuum. The danger of course is that this moral vacuum is being filled by a recourse to old totalitarianisms: religious fundamentalism, nationalism, xenophobia, the old ties of blood, or of cultural relativism.

For us in the Human Rights struggle it is imperative to reassert the universality of tolerance and solidarity, the universality of all Human Rights for all. That freedom from fear and freedom from want come first, that the resources and political will of this world should be directed at the protection of fundamental freedoms and satisfaction of basic rights. We need to win the challenge about *values*.

Many commentators have said that Amnesty was a dream. When you dream alone, yes, it is a dream, but when you dream with millions of others, it is the beginning of reality, and that is the reality that we want to see. We want to see a reality where the rights of all will be respected. And we have the basic direction: the Universal Declaration

of Human Rights. The only thing we have to do now is to keep on walking in that direction, and to be, in the words of Gandhi «the change that we want to see in the world». We ourselves have to be that change.

Thank you very much for your kind attention.

## Resumen

La ponencia expone la situación de los Derechos Humanos en el mundo y los pasos que se han dado en la defensa de éstos en los últimos años. Existen varios muros detrás de los cuales se violan sistemáticamente los Derechos Humanos, tales como la pobreza, la intolerancia, la indiferencia y la hipocresía y, a pesar de los grandes avances que se han realizado en materia de defensa de los Derechos Humanos, la violación de los mismos continúa sin combatirse y hoy, más que nunca, es una empresa inacabada.

El período comprendido entre finales de los 80 y principios de los 90 ha sido el «peor de todos los tiempos» para los Derechos Humanos. Aparte de las guerras se han producido situaciones de masiva violación que requieren la atención de Amnistía Internacional. Entre ellas, se citan las violaciones de los Derechos Humanos contra los pobres y desprotegidos y contra los derechos de las mujeres, así como la continua agresión a los derechos elementales por parte de los gobiernos autoritarios.

Respecto al primer caso, cabe denunciar el ejercicio de poder arbitrario que se sigue contra la «gente humilde» en cientos de países. Sólo la puesta en marcha de unos instrumentos que pongan fin a la pasividad, complicidad y no resistencia hacia los abusos en los Derechos Humanos de los pobres, logrará la universalidad de los Derechos Humanos. En esta época de masiva violación de los Derechos Humanos, las organizaciones deberían unir sus manos para avanzar hacia mecanismos de control y obligaciones en asuntos relacionados con la economía, cultura y derechos sociales, presionando para que existan cláusulas sobre Derechos Humanos en los acuerdos y tratados firmados por los países de las Naciones Unidas, incluyendo el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Alto Comisionado para las Naciones Unidas, etc.

Por otro lado y en relación con la persistencia en muchos países de leyes autoritarias que violan los Derechos Humanos a escala masiva, se-

ñalar que todavía existen cientos de prisioneros con sentencias de muerte y miles de ejecutados cada año en numerosos países como China, Irán y Arabia Saudí, y a pesar de que estos gobiernos continúan usando y abusando de argumentos culturales para justificar sus crímenes, la presión internacional se mantiene pasiva guiada por intereses económicos y objetivos estratégicos.

Respecto a las violaciones de los Derechos Humanos de las mujeres, el abuso de las mujeres es endémico en todas las culturas y países, y si queremos dirigir proyectos tendentes hacia la dignidad y defensa de los derechos básicos de las mujeres, el punto de arranque sólo puede ser la realidad de las condiciones de éstas y no el concepto dominante de Derechos Humanos.

Para el futuro inmediato, Amnistía Internacional quiere concentrar sus energías en ciertas áreas prioritarias, en reducir las barreras y en preservar la humanidad de todos los ciudadanos. Para lograr estos objetivos, la asociación se ha fijado unas metas tendentes a vencer los desafíos de humanismo, impunidad, compasión, acción y el reto de los valores. Sólo con acciones colectivas enraizadas en los valores defendidos por la ONU, se podrán destruir las barreras existentes, siempre y cuando se entienda que la globalización sólo procede con la universalidad de los Derechos Humanos y que la democracia está firmemente arraigada en la justicia social.



# Truth Commissions and the Protection of International Human Rights

por **D. Thomas Buergenthal**

*Conferencia pronunciada  
el 28 de abril de 1998*

Forum Deusto



# Truth Commissions and the Protection of International Human Rights

por D. Thomas Buergenthal\*

## I. Introduction

The effort to establish an effective international system for the protection of human rights has gone through various stages. It took almost fifty years after the Second World to establish the principle that states can be held responsible as a matter of international law for human rights violations committed against their nationals and for individuals to be able to assert their claims against states in various international fora. The systems that have been established are not perfect. They range from the highly developed European Convention of Human Rights to the weaker American Convention on Human Rights, and the even less effective mechanisms provided by the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights and the African Charter on Human and Peoples' Rights.

The important point at this stage, however, is not the effectiveness of these institutions but the fact that the international community and

---

\* Thomas Buergenthal es Catedrático de Derecho Internacional y Comparado de la Universidad George Washington, y Miembro del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Su formación es la de un jurista con dos doctorados, uno por la Universidad de New York y otro por Harvard. Ha sido Juez, Vicepresidente y Presidente del Tribunal Internacional de Derechos Humanos entre 1979 y 1991, así como Juez, Vicepresidente y Presidente del Tribunal Administrativo del Banco Interamericano de Desarrollo entre 1989 y 1994. Miembro de la Comisión de la Verdad de Naciones Unidas para El Salvador los años 92 y 93. Entre su actividad universitaria cabe destacar que fue Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Americana de Washington (1980-95) y que ha impartido clases en múltiples universidades. Es autor de una quincena de libros traducidos a varios idiomas y de numerosos artículos en revistas especializadas.

international law have accepted the proposition that individuals in one way or another have standing to hold states responsible for violations of human rights on the international plane. This is but another way of saying that today individuals are deemed to have rights under international law as far as the protection of their human rights are concerned and that they no longer need states to assert these rights on their behalf on the international plane. This conclusion, which seems obvious today, was strongly disputed and deemed quite revolutionary five decades ago. In that sense we have come a long way.

The next stage in the development is a lawmaking and institution-building process that is evolving before our very eyes. This is the effort to hold individuals internationally responsible for violations of human rights. It is true, of course, that the Nuremberg and Tokyo war crimes trials, which took place at the end of the Second World War, laid the normative foundation for an international legal system under which individuals could be tried by international courts for genocide, crimes against humanity and war crimes. But it is only now, more than fifty years later, that the international community has embarked on a process that will result in the establishment of a permanent international criminal court. The *ad hoc* tribunals created by the United Nations Security Council to deal with the horrendous violations of human rights that were committed in Rwanda and Bosnia provided the impetus for the revival of the idea of a permanent international criminal court which, while already foreshadowed in the 1948 Genocide Convention, lay dormant for more than half a century because governments were afraid of opening what to many of them seemed a dangerous Pandora's box.

The need to hold individuals internationally responsible for serious violations of human rights has become increasingly more apparent in recent decades. As some nations have moved from dictatorial regimes to more democratic ones, they have found themselves being held internationally responsible for the large-scale violations of human rights that took place in their countries in the past. Legally, this is entirely proper because under traditional international law, it is the state rather than any one government that is responsible for the violations of international law committed by it. At the same time, though, what we have here is the anomalous situation that a government that had nothing to do with the past violations of



human rights is being held responsible for and at times has to pay compensation out of its state treasury, which was depleted by the very people who committed the offenses. Frequently, moreover, these same individuals are living in luxury abroad with moneys they obtained while in power. The irony in all of this is that the people of the country who were victimized by their oppressors now have the additional burden of paying in one form or another for the misdeeds of these individuals. None of this is very fair, nor is it an effective deterrent against future violations.

A good example of this problem is presented by the so-called *Honduran Disappearance Cases* the Inter-American Court of Human Rights decided while I was still a judge of this tribunal. In these cases, the Court found the State of Honduras responsible for the forced disappearance—a euphemism for torture and death—of two Hondurans and awarded damages to the next of kin in the amount of approximately one million U.S. dollars. These disappearances and some 150 more were committed in Honduras in the late 1970's and early 1980's, when the country was run by the military either directly or behind a civilian facade. The compensation was eventually paid in full by Honduras after President Carlos Roberto Reina came to power. The military officers responsible for these crimes have not been brought to justice, whereas many of their victims remain to be identified and their families compensated.

In other countries, the perpetrators have been amnestied, sometimes by themselves or by blackmailing the civilian authorities in return for agreeing to relinquish power. Few of these individuals have had to account for their wealth, often gained from the victims of their human rights violations, nor have they been held criminally responsible for their actions. This is the case in Argentina, Chile and Uruguay, for example. The past is thus buried together with the victims. One of the many consequences of this situation is that society in these countries has not been able, by punishing the perpetrators, to vindicate the principle of deterrence that might prevent others in the future from usurping political power and committing serious violations of human rights. It is thus clear that one way to deal with this problem for the time being is to reinforce international legal principles and establish institutions that will enable the international community to ensure that human rights violations don't go unpunished or, at least, that they are properly investigated, which in turn will serve to deter future violations.

## II. International courts and truth commissions

International criminal courts are not the only international mechanisms for holding individuals responsible for large-scale violations of human rights. During the past decade there has emerged an institution, the so-called truth commission, that stands half way between international criminal courts, on the one hand, and the traditional international human rights tribunals, on the other. They are basically fact-finding bodies whose task it is to investigate what happened in a country during a given period of internal armed conflict or dictatorship. Frequently they are mandated to assign responsibility, either individual or group responsibility, and to propose methods for dealing with the alleged perpetrators of massive human rights violations. The commissions are often also empowered to make to make recommendations for measures capable of advancing the cause of national reconciliation.

Three different types of truth commissions have been created in recent years: national truth commissions, mixed commissions and international commissions. The best known national truth commission is the South African Truth and Reconciliation Commission, which is still investigating Apartheid-era crimes. Similar bodies were established in Argentina and Chile for the investigation of the massive violations of human rights that were committed in those countries by their military regimes. These commissions owed their existence to national laws and were composed of their own nationals.

A mixed truth commission was created in Haiti with the assistance of the United Nations and the Organization of American States after the return of President Aristide. This commission consisted of three foreign nationals and four Haitians. The best known truly international commission to date was the United Nations Truth Commission for El Salvador. It was established in 1992 under the United Nations-brokered peace accords concluded between the Government of El Salvador and the FMLN, the Frente Farabundo Marti para la Liberacion Nacional, and consisted of three foreign nationals. The United Nations established a number of other international investigatory commissions of this type. Among these were the investigatory commissions for the Former Yugoslavia (1992-94) and Rwanda (1994), created to lay the foundation for the *ad hoc* international criminal tribunals for these conflicts, and a similar body for Burundi (1995).

Truth commissions, whether national, mixed or international, serve what I would call a macro fact-finding function in contradistinction to

courts, which establish the facts in a specific case and thus perform micro fact-finding functions. A truth commission, depending upon the context, can provide reliable information about serious violations of human rights, including genocide, widespread disappearances, extrajudicial executions, torture and rapes, about conditions in detention camps, about massacres and the different military units and commanders responsible for these criminal acts. It can also gather information about the political and other factors leading to these events and identify those who executed the crimes and those who incited others to commit them. In short, a truth commission can provide the world with an overall picture of what happened and make recommendations regarding measures it considers necessary to bring about national reconciliation, including public trials and amnesties.

International criminal courts can play a much more limited, albeit very important, role: they establish criminal responsibility and impose the corresponding punishment on individuals found to be guilty of the offense charged. As in a domestic context, this action has practical and symbolic value: it extracts retribution, stigmatizes the conduct that resulted in the punishment, and serves the goal of deterrence by warning potential offenders of the consequences of such action. It also sends a symbolic message that the international community considers the acts committed to be criminal and, hence, politically unacceptable and morally reprehensible.

Only in the rarest of cases, though, are courts able to provide the large picture of events that produced the crimes. Also, they are not in a position to try more than a limited number of offenders. In Rwanda, for example, between 20,000 to 50,000 individuals allegedly took part in the massacres. No international or for that matter national court could try that many people in any reasonable time span. Because the focus of courts is person-specific, their approach to the facts before them will be narrower than that of truth commissions whose mandate can be much broader and more general. Courts, of course, are not well equipped to make policy recommendations. Truth commission can be.

The real disadvantage of a truth commission is that it is not a judicial body and thus lacks the power that an international criminal court has, which is to convict the guilty persons and to impose a criminal sentence. A truth commission can make factual findings based on its investigations and, if given that power, it can also identify those individuals it finds to be responsible for various unlawful acts, but only a court can impose the requisite criminal sanctions. Sometimes,

though, a truth commission finding can settle political disputes regarding individual and group responsibility without which national reconciliation, particularly after a bloody civil war, is not possible and which the conviction of a few individuals will not achieve. In that sense, the findings of a truth commission on the subject of general responsibility can be as important as the judgment of a court on individual responsibility. For some situations it would make sense, moreover, to have a truth commission and an international court, that is, a thorough general investigation followed by the trial of the worst offenders or responsible leaders. That would be the proper approach, for example, in Cambodia.

Looking at truth commissions, particularly mixed and international ones, from the point of view of the role they play in advancing the cause of international human rights protection, it can be said that they provide the international community with an additional mechanism to deal with and, hopefully, also to prevent large-scale violations of human rights. In order to ensure that individuals around the world have their internationally guaranteed human rights respected, the international community must draw on the entire arsenal of available mechanisms, beginning with national laws that give effect to international human rights obligations and national courts willing and able to enforce these laws. When these methods fail, the next stage will consist of resort to international human rights norms and institutions that permit governments, non-governmental organizations and individuals to file complaints against the offending state. These steps can be followed by the establishment of a truth commission and/or resort to an international criminal court.

As pointed out before, a truth commission can play a particularly important role in investigating serious human rights violations committed during lengthy internal armed conflicts and in dealing with large-scale human rights violations by successive brutal or genocidal regimes. The experience of the United Nations Truth Commission for El Salvador on which I served demonstrates both the possibilities and limitations of such bodies.

### **III. The United Nations Truth Commission for El Salvador**

The Truth Commission for El Salvador was established on July 15, 1992 and submitted its final report, entitled *From Madness to Hope (De la Locura a la Esperanza)* to Secretary-General of the United Nations on

March 15, 1993. It was created under the Salvadoran Peace Accords, a series of agreements negotiated between 1989 and 1992 under United Nations auspices by the Government of El Salvador and the Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN). The actual mandate of the Truth Commission was spelled out in the so-called «Mexico Agreements» of April 27, 1991, which were subsequently incorporated by reference into the Chapultepec Agreement of January 16, 1992.

The mandate of the Commission was to investigate the «serious acts of violence» that occurred in El Salvador between 1980 and 1991 and «whose impact on society urgently required that the public should know the truth.» In discharging its responsibilities, the Commission was to take account of two principal considerations: first, «the exceptional importance» attaching «to the acts to be investigated, their characteristics and impact, and the social unrest to which they gave rise.» The second was «the need to create confidence in the positive changes» to be effected by the peace process and «to assist the transition to national reconciliation.» In other words, not all serious acts of violence were necessarily to be investigated. The main focus was to be on acts that had a special or broader impact on society in general. Moreover, in exercising its functions, the Commission was to be guided by the fact that the promotion of national reconciliation was an overarching aim of the investigation.

The Commission was to be composed of three individuals, not nationals of El Salvador, selected by the Secretary-General of the United Nations after consultation with the parties. He selected Belisario Betancur, the former President of Colombia, Reinaldo Figueredo, former Foreign Minister of Venezuela, and me, a former President of the Inter-American Court of Human Rights.

The decision to establish a truth commission consisting of foreign nationals had much to do with the nature of the conflict to be investigated. The Salvadoran civil war, which lasted some 12 years, had cost more than 75,000 civilian lives in a country with a population of only some 5 million. By the time the peace accords were signed, the country was so divided between the left and the right that neither side to the conflict believed that a commission consisting of Salvadorans would be able to carry out an objective investigation and have its findings accepted by the public.

To that extent, the situation in El Salvador was quite different from that in Argentina or Chile, for example, where the internal conflict had not, as in El Salvador, totally destroyed the possibility of finding

individuals whose personal integrity, impartiality and honesty would be generally accepted. In these countries it was therefore much easier to establish national commissions than in El Salvador, where this approach was deemed highly problematic. That, at any rate, was the conclusion of the Salvadorans who negotiated the peace accords.

Another element that motivated and justified the establishment of an international truth commission had to do with the peculiarities of the Salvadoran Peace Accords. They basically left the government which signed these agreements, the Government of President Cristiani, in power together with the entire military and security apparatus until future democratic elections could be held. And while provisions were made for the United Nations Observer Mission in El Salvador —ONUSAL— to supervise the implementation of the peace settlement and police the country in the interim, which ONUSAL did very well indeed, the population felt, rightly or wrongly, that it was still at the mercy either of the Government or the FLMN in areas controlled by each of them. Most people would therefore have been very reluctant to provide needed information to a truth commission composed in whole or in part of Salvadorans, for fear that its members could not be trusted to keep the information and the names of witnesses confidential. Fear of retribution had been something Salvadorans had lived with for 12 years.

These considerations also explain why we, the members of the Salvadoran Truth Commission, decided not to have any Salvadorans on our staff. This decision and the fact that we ourselves were foreigners had both advantages and disadvantages. The advantages were that the Salvadoran public could more easily believe that we were not partisans of either side to the conflict and that we could therefore be more readily trusted to carry out an honest investigation. We had a serious disadvantage, however, because we knew little of the country, its history, traditions, and people, and therefore had much to learn. For that same reason, though, it was easier for us than it might have been for Salvadorans to approach the investigations without preconceived notions or biases.

### A. *The Investigation*

The parties to the Salvadoran Peace Accords did not specify the cases we were to investigate. They limited themselves to telling us to focus on those serious acts of violence whose impact on society was of

such a pervasive or important character during the Salvadoran conflict that the truth about them had to be made known. The reason for this very general investigatory mandate had to do with the fact that the parties could not agree on a list of specific cases. Each side had its own group of cases it wanted investigated, mostly violations known to have been committed by the other side. Each new list presented by one side during the negotiations led the other side to submit a longer and more contentious list. Moreover, the parties agreed very early on in the negotiations that national reconciliation would have no chance of succeeding unless the truth was told as objectively as possible about those violations of human rights that had most shocked the country and remained in its consciousness. Eventually it was agreed that these objectives could not be achieved unless the task of selecting the cases to be investigated was left to the Commission.

The problem the Commission faced was that it was given a six months deadline, subsequently extended to eight months. That was not enough time to investigate the many serious violations of human rights that had been committed during those terrible 12 years. We therefore decided to approach our investigation in two parallel ways. First, we would assemble a list of cases that were paradigmatic of the type of serious violations that had been committed by both sides in large numbers, namely, extrajudicial executions, forced disappearances, tortures and massacres. By documenting these categories of cases, we would be in a position to provide an overall picture of the suffering to which the country had been subjected. Second, in addition to these cases, we decided also to focus on particularly notorious individual cases and events that had gained national and international attention.

Time does not permit me to describe in detail the manner in which we proceeded to gather evidence, how we obtained information and the difficulties we encountered. Let me here merely say that the Commission and staff interviewed some 7000 witnesses: victims, their next of kin, alleged perpetrators, government officials, FMLN commanders, military officers, church officials, and many others who could provide evidence concerning specific cases or events. We received an additional 7000 communications relating to various cases or events. We obtained documents from the Government of El Salvador and from the FMLN, and from non-governmental organizations as well as from various foreign governments, including the United States. Here I should note that some US agencies were better in providing us with important information than others. Suffice it here to say merely that in some cases

the information provided by the United States proved indispensable and that in others important material was withheld from us.

## B. *The Commission Findings*

To summarize our findings, let me say that we were able to solve and allocate individual or group responsibility in a some 50 paradigmatic and notorious cases, involving hundreds of victims. This was particularly true of some of the famous cases, such as the murder of Archbishop Romero, the killings of the Jesuit fathers, the killings of mayors, the El Mozote and similar massacres, the killings of four American nuns, the Zona Rosa attacks.

Interestingly enough, none of our specific findings have been seriously challenged either by the Government side or the FLMN. Unfortunately, we were not very successful in identifying the people who funded the death squads, in part because we lacked the power to obtain bank documents and telephone records and because certain important intelligence information was withheld from us. In some cases, moreover, the FLMN was more successful than the government in covering up serious violations largely because it operated clandestinely. It should also be said that with more time, we would have come up with much more evidence. But if we had extended our investigations significantly beyond the eight months assigned to us, our report might well have had less of an impact in El Salvador than it had. It was issued shortly after the end of the hostilities and was therefore eagerly expected by all segments of the population. That suspense would probably have gradually subsided as more time elapsed.

While our mandate charged us with investigating «serious acts of violence,» it did not specify the legal norms by reference to which such acts were to be judged. Given the nature of the conflict in El Salvador—an internal armed conflict—the Commission decided that, in addition to Salvadoran law, the applicable legal standards for judging the violations of human rights to be investigated consisted of international humanitarian law—Common Article 3 of the Geneva Conventions and Protocol II thereto—as well as serious breaches of international human rights norms, particularly the International Covenant on Civil and Political Rights and the American Convention on Human Rights, all instruments which Salvador had ratified.



An important doctrinal question the Commission had to resolve in determining the law applicable to its mandate concerned the question whether the insurgents, that is, the FMLN, could be charged with violations only of international humanitarian law or also with violations of international human rights law. This was an important question because the traditional view is that while both parties to an internal armed conflict are bound by humanitarian law, only governments are bound by international human rights law. The Commission rejected this proposition by concluding that «... when insurgents assume governmental powers in territories under their control, they too can be required to observe certain human rights obligations that are binding on the State under international law.» Given the inherent logic of this conclusion, it would surprise me if it were not generally accepted in a similar context.

A serious problem facing the Commission in gathering evidence had to do with the atmosphere of fear that continued to grip El Salvador even after the signing of the peace accords. As a result, very few people were willing to speak to us unless we could provide them with meaningful protection. But the only real protection we could offer to those who provided us with evidence was a guarantee that, if requested, we would keep their identity confidential. The vast majority of our witnesses made that request. Although the peace accords expressly authorized us to proceed in this fashion, the approach was not without its problems. While it protected the witnesses, it raised serious due process issues with regard to individuals the Commission would identify as perpetrators of human rights violations, since they who would not be able to confront the witnesses against them or cross-examine them. Such confrontation, particularly in the case of accused military leaders or guerilla commanders would have endangered the lives of the witnesses.

The interests of the witness had consequently be balanced against the interests of the alleged perpetrator. To effect that balance, the Commission decided to establish a rigorous evidentiary process. One element of that process was the adoption of a scale for the weighing of the evidence, which consisted of three categories of evidence —overwhelming evidence, substantial evidence and sufficient evidence. Serious charges against individuals had to be substantiated by overwhelming or at least substantial proof and required corroboration from multiple sources. The Commission also decided that no one would be found responsible for the commission of a serious act

of violence unless that person was given an opportunity to be heard and to rebut the charges. This was not a perfect process, but it was the best we could do under the circumstances, given the fear that prevailed in El Salvador and the fact-finding obligations our mandate imposed on us.

Of course, the ideal solution would have been to prepare a confidential report with our findings concerning alleged perpetrators and to turn it over to the courts for trials. That option was not open, however, because the Salvadoran justice system was both highly corrupt and still in the hands of only one side to the conflict. In fact, the then President of the Supreme Court was himself one of the persons whom the Commission identified as responsible for the cover-up of some violations. The Commission was therefore left with the choice of preparing a report that either identified or failed to identify alleged perpetrators by name. It chose the latter approach after concluding that the mandate given it by the parties to the peace accords—to tell the truth about the terrible violations of human rights that had taken place in El Salvador— required it to name names. Without names only some of the truth would have been told.

Among the specific recommendations the Commission made with regard to those individuals it identified as perpetrators of serious acts of violence was dismissal from government service and a bar to future service in certain governmental posts. Under the peace accords, these recommendations by the Commission were binding on the parties. The Commission made no recommendations regarding amnesties. Yet a few days after the Commission issued its report, the Government of President Cristiani issued a general amnesty for all crimes committed in connection with the prior armed conflict and ordered the release from jail even of individuals who had already been convicted for such crimes, including the officers who had been found guilty of the execution of the Jesuit priests. But while no one was therefore tried for the crimes the Commission had exposed in its report, its recommendations for the dismissal from public service was implemented by President Cristiani.

#### **IV. Some reflections on the salvadoran experience**

It will take years to fully assess the work and achievements of the United Nations Truth Commission for El Salvador, if only because its success and failure will have to be judged in the context of long-term developments in that country. At this point, therefore, it is only possible

to make some very tentative observations applicable to the Salvadoran Commission and to truth commissions generally.

The release of the Truth Commission's Report had a very significant psychological impact on the people of El Salvador. While the Peace Accords ended the armed conflict, the Report of the Truth Commission put the country on the road to healing the emotional wounds that had continued to divide it. The Report told the truth in a country that was not used to hearing it. To be restored to normalcy, El Salvador needed to hear the truth from a source that had national and international legitimacy and credibility.

The war in El Salvador did not only pit the combatants in the armed conflict against each other, it also totally polarized the population. It became a country in which there was no room for moderation or tolerance for peaceful political debate. Political opponents were treated as enemies and acts of violence against them rationalized as necessary or denied as propaganda. Political allegiance rather than basic human decency determined one's actions and reactions to the crimes that both sides committed. El Salvador was a country in which many lived in fear, and where few wished to know the truth. In this atmosphere the victims or their next of kin often did not dare to publicly denounce what had been done to them or even speak about it lest their claims expose them to further abuse. People kept their suffering to themselves, hoping for justice—a very human instinct—but not really expecting it.

The efforts of the Truth Commission to get at the truth and the release of its Report had a cathartic impact on the country. Many of the people who came to the Commission to tell what happened to them or to their relatives and friends had not done so before. For some, ten years or more had gone by in silence and pent up anger, and now finally they were listened to and there would be a record of what they had gone through. They came by the thousands, still afraid and not a little skeptical, and they talked, many for the first time. One could not listen to them without recognizing that the mere act of telling what had happened was a healing emotional release. They also appeared to be more interested in recounting their story and being heard than in retribution.

A particularly telling interview described by a Commission staff member involved two mothers, one Salvadoran, the other Scandinavian, who came to the Commission together to tell their story. The son of one and the daughter of the other had met in Europe and fallen in love. The couple traveled to Salvador, became active in leftist activities and were murdered by rightist death squads. The two mothers had not met

until they decided to tell their story together to the Truth Commission. They could barely communicate in a common language, but here they were in the Commission's offices in San Salvador sharing their grief and honoring the memory of their children by telling their truth.

The Truth Commission Report and its findings about many cases that had encumbered the nation's conscience had a dramatic effect. The findings confirmed what many suspected, some knew and others refused to believe. Before the release of the Report, few Salvadorans knew the whole story and many more could not separate the truth from the lies and rumors that were rampant even after the signing of the Peace Accords. The result was a never-ending acrimonious debates and the exchange of partisan charges and counter-charges by the former combatants and their allies. The Truth Commission Report put an end to this debate, and thus allowed the country to focus on the future rather than on the cruel and divisive past. It removed the biggest obstacle on the way to national reconciliation: the denial of a terrible truth that divided the nation and haunted its consciousness.

My own experience on the Truth Commission has convinced me that the most important function such a body can perform is to tell the truth. That may sound obvious and trite, but it needs to be said because it has tended to be lost in the discussion about truth commissions and national reconciliation. The assumption that bringing out the truth will rub salt into a nation's wounds and make national reconciliation more difficult to achieve has a certain superficial logic to it, but it is wrong. A nation has to confront its past by acknowledging the wrongs that have been committed in its name before it can successfully embark on the arduous task of cementing the trust between former adversaries and their respective sympathizers, which is a prerequisite for national reconciliation. That, of course, is the basic assumption underlying the approach adopted by the South African Truth and Reconciliation Commission and it makes a great deal of sense. One cannot hope to achieve national reconciliation by sweeping the truth under the rug of national consciousness, by telling the victims or their next of kin that nothing happened, or by asking them not to tell their particular story. The wounds begin to heal with the telling of the story and the national acknowledgment of its authenticity.

That is why blanket amnesties achieve the opposite result they are intended to achieve: instead of putting an end to the past, they create a climate that keeps the past alive and makes it much more difficult for the nation to reconcile and focus on a common future. Blanket amnesties

have the effect, moreover, of depersonalizing the crimes that were committed and undermining the principles of personal responsibility and deterrence, principles which, if respected, can make an important contribution to reducing future violations of human rights. The international community should therefore oppose such amnesties and formally declare them to be in conflict with international legal obligations to prevent, investigate and punish large-scale human rights violations.

## Resumen

Se presenta la experiencia del autor como uno de los comisarios de las Naciones Unidas para El Salvador y las conclusiones que se sacaron de la Comisión de la Verdad, denunciando la situación que se produjo tras la guerra de El Salvador debido a la amnistía general que se dictó tres días después, ya que supuso una tragedia para el país y un obstáculo para el desarrollo de la pacificación al no conocerse la verdad.

Sería importante saber los nombres de los agresores, de ahí la trascendencia del informe de las Naciones Unidas que se realizó sobre El Salvador, ya que en él se mencionaron por primera vez nombres, aunque nunca se consiguió descifrar bien a los Escuadrones de la Muerte. Los agresores siguen siendo considerados hoy día criminales comunes, ya que sin saber la verdad no se puede lograr una reconciliación nacional, al no poder sancionar a los culpables.

No obstante, en este país existe actualmente una reconciliación nacional y la situación de El Salvador marcha bien. Mucho mejor que en países como Guatemala donde los problemas se agravan al existir conflictos raciales. Guatemala es un país más grande que El Salvador con 7 millones de habitantes, de los cuales 5 son de origen indio, 1 son mestizos y el resto blancos, que son quienes controlan el país. A ello hay que añadir el problema de la pobreza.

Un aspecto positivo de la política de Bill Clinton en relación con América Central y del Sur, es el reconocimiento, por primera vez, de la situación latinoamericana gracias a la democratización que se está llevando en todo el continente. Todavía no está instaurada en todos los lugares pero empieza ya a haber atisbos de democracia. Algo muy importante, si tenemos en cuenta que hasta hace poco había regímenes dictatoriales en la totalidad de países.



# Les juridictions pénales internationales: vers la fin de l'impunité?

por **D. Alain Pellet**

*Conferencia pronunciada  
el 11 de mayo de 1998*

Forum Deusto





## Les juridictions pénales internationales: vers la fin de l'impunité?

por D. Alain Pellet\*

Il est beaucoup question, depuis quelques années, de créer une Cour criminelle internationale permanente qui aurait pour fonction de juger les auteurs des crimes les plus graves, ceux qui révoltent la conscience et sont ressentis comme une menace intolérable par la communauté internationale dans son ensemble.

Le degré actuel de solidarité et d'intégration de la société internationale est, il est vrai, tellement rudimentaire qu'il est utopique et vain de songer à l'édification d'un véritable droit pénal international à l'image de celui auquel nous sommes habitués dans le cadre national, et en vertu duquel toute infraction a des chances raisonnables d'être sanctionnée.

De très forts obstacles, de nature politique mais aussi juridique, se sont longtemps opposés à tout progrès dans ce domaine au plan international:

—l'État constituait un écran opaque entre l'individu et le droit international;

---

\* Alain Pellet se licenció en Derecho Público por la Universidad de París, es Diplomado por el Instituto de Estudios Políticos de París y posee varios diplomas de Estudios Superiores de Derecho Público y Ciencia Política, y el Doctorado de Estado de Derecho Público. El Profesor Pellet ha desplegado una intensa actividad profesional, tanto universitaria como extrauniversitaria. Ha sido Profesor en las Universidades de París II, en la de Constantine, en la de París Norte, y Profesor invitado en muchas otras. En la actualidad es Profesor en el Instituto de Estudios Políticos de París desde 1980, y Profesor en la Universidad de París X-Nanterre desde 1990. Además es Miembro de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, Asesor y Abogado de muchos países ante el Tribunal Internacional de Justicia de Justicia, y Asesor Jurídico de la Organización Mundial del Turismo, entre otros. Ha publicado varios libros y multitud de artículos de investigación.

- seul il était considéré comme un sujet du «droit des gens», bien mal nommé si l'on prend l'expression à la lettre;
- sa sacro-sainte souveraineté était tenue pour incompatible avec le jugement de ses nationaux au plan international (alors qu'elle n'excluait pas radicalement l'intervention de juges étrangers, concevable sur une base réciproque); et
- la justice internationale, balbutiante et mal assurée, n'a, jusqu'à présent, été conçue que sur une base purement volontaire: la Cour internationale de Justice elle-même ne peut s'acquitter de ses fonctions juridictionnelles que si *les deux* parties à un différend y consentent.

Résultat: paradoxalement, plus un crime est odieux et menaçant pour la communauté internationale, plus il risque de rester impuni car, en règle générale, il y a de fortes chances pour qu'il soit commis au nom de l'État ou, en tout cas à son instigation ou avec sa complicité agissante. Pour mettre fin à cette intolérable impunité, il fallait «déchirer le voile étatique», c'est-à-dire atteindre, au-delà de l'État, la personne physique auteur du crime, définir celui-ci au plan international et créer une juridiction susceptible de mettre en oeuvre cette définition.

L'interdépendance croissante, la «mondialisation», combinée avec la prise de conscience de la monstruosité de certains crimes permettent d'envisager leur sanction au plan international et non plus seulement, comme c'est le cas aujourd'hui, dans un cadre purement étatique, par des juges nationaux qui appliquent le droit national.

Amorcé à Nuremberg, et même avant, ce mouvement a pris une vigueur nouvelle avec la fin de la guerre froide et, avec elle, de l'opposition du bloc soviétique à toute reconnaissance de l'individu comme sujet du droit international et à l'idée même d'une justice internationale. Mais, au-delà des proclamations d'intentions vertueuses, les réalisations risquent d'être bien décevantes: le «Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité» dont la Commission du Droit international des Nations Unies vient d'achever la rédaction risque fort de n'être qu'un «coup d'épée dans l'eau» et la Cour criminelle internationale permanente que l'on nous promet, une réalisation en trompe l'oeil destinée seulement à donner bonne conscience à peu de frais à certains gouvernements occidentaux qui ne la défendent que parce qu'ils savent n'avoir rien à en redouter —ou si peu...— tandis que la plupart des autres États —et d'abord la France— s'emploient à la vider de toute substance avant même qu'elle soit créée.

\* \* \*

Sans qu'il soit besoin de remonter au Moyen Âge comme le font certains spécialistes, les choses ont commencé vraiment au sortir de la première guerre mondiale, lorsque les vainqueurs imposèrent l'insertion dans le Traité de Versailles d'une clause créant un tribunal international spécial chargé de juger Guillaume II «coupable d'offense suprême à la morale internationale et à l'autorité des traités». Ce tribunal ne put fonctionner, le gouvernement des Pays-Bas, où l'ex-Empereur d'Allemagne avait trouvé refuge, ayant refusé, sagement sans doute, de l'extrader.

L'idée cependant était lancée et elle allait faire son chemin. Durant l'entre-deux-guerres, plusieurs projets, purement doctrinaux, de statut de cour criminelle internationale virent le jour, dont le plus célèbre est resté celui rédigé par le juriste roumain Pella. Et si une convention de la S.d.N., de 1937, contre le terrorisme prévoyait bien la création d'une telle cour, elle n'entra jamais en vigueur.

C'est donc le souci de ne pas laisser impunis les grands criminels nazis et japonais qui allait donner la première occasion de concrétiser ces intentions avec la création des Tribunaux militaires internationaux de Nuremberg (par l'Accord de Londres de 1945) et de Tokyo (par une «proclamation» du Commandant en chef des troupes d'occupation au Japon, le général McArthur, de 1946). Il s'agissait d'une innovation formidable et discutée: pour la première fois dans l'histoire de l'humanité, les auteurs de crimes odieux allaient être jugés par des juridictions véritablement internationales qui appliqueraient non le droit national de tel ou tel État, mais des règles proprement internationales. A l'époque, peu de voix se sont élevées pour critiquer cette procédure et ce n'est qu'avec le recul du temps et les progrès d'une sorte de révisionnisme rampant que de bonnes âmes ont multiplié les critiques.

Deux surtout. En premier lieu, il se serait agi d'une «justice de vainqueurs», inégale, et, dès lors, contestable puisque les auteurs des bombardements des villes allemandes ou du largage des bombes atomiques d'Hiroshima et de Nagasaki échappaient au jugement. En second lieu, le principe fondamental du droit pénal *nullum crimen, nulla poena sine lege* (il n'y a ni crime ni sanction sans loi) n'aurait pas été respecté puisque les crimes que les Tribunaux de Nuremberg et de Tokyo devaient juger n'ont été définis que par leurs statuts qui incriminaient les «crimes contre la paix», les «crimes de guerre» et les «crimes contre l'humanité».

Il faut tordre le cou à ces idées aussi reçues que bêtes. La première est factuellement exacte, mais outre que les «crimes» reprochés

aux Alliés ne sont certainement pas de la même nature que ceux commis par les Puissances de l’Axe, on voit mal en quoi et pourquoi ceci aurait dû valoir l’impunité aux Goering, Himmler et autres Ribbentrop. Quant à la seconde elle est moralement perverse et juridiquement irrecevable: le Tribunal de Nuremberg y a répondu dans son jugement de 1946 en se fondant sur les «principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées», c’est-à-dire les principes communs aux droits nationaux des États dignes de ce nom, dont la positivité ne fait aucun doute. Du reste, à qui fera-t-on croire qu’en ordonnant l’extermination de sang froid de millions d’êtres humains dans les conditions abominables que l’on sait, les condamnés de Nuremberg —tous les accusés ne l’ont pas été, preuve supplémentaire de l’impartialité des Juges— pouvaient ignorer le caractère moralement et juridiquement condamnable de leurs actes? Même dans l’Allemagne nazie, le meurtre ou la torture étaient pénalement sanctionnés, au moins en théorie.

La voie ainsi tracée n’a été pendant longtemps que très imparfaitement explorée. Les années qui ont suivi la fin de la guerre ont constitué une phase de codification embryonnaire et de tâtonnements institutionnels.

Dès sa première session, en 1946, l’Assemblée générale des Nations Unies a confirmé «les principes de droit international reconnus par le statut de la Cour de Nuremberg et par l’arrêt de cette Cour», c’est-à-dire les trois catégories de crimes définis par l’annexe à l’Accord de Londres de 1945, réunies dès l’année suivante sous l’appellation unique et discutable de «crimes contre la paix et la sécurité de l’humanité», dont l’Assemblée priait la Commission du Droit international (C.D.I.) d’entreprendre la codification.

Composée d’experts indépendants, celle-ci s’est mise au travail et a présenté en 1951 un projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l’humanité, remanié en 1954, sans emporter la conviction. La tâche était, il est vrai, d’autant plus difficile que, très logiquement, la C.D.I. avait inclus, dans la liste de ces crimes, l’agression, dont la définition opposait les États depuis que la S.d.N. s’était essayée à la formaliser. Prenant prétexte de cette difficulté —d’ailleurs réelle—, l’Assemblée générale a décidé de suspendre les travaux de rédaction du Code dans l’attente d’une définition généralement acceptée de l’agression, confiée à un organe beaucoup plus politisé que la C.D.I. et dont les travaux n’aboutiront qu’en 1974 avec l’adoption de la fameuse et excrable résolution 3314 (XXIX).

Néanmoins, parallèlement, le droit humanitaire international se développait et s'affermissait dans trois directions:

- 1° les quatre «Conventions de la Croix-Rouge» de 1949, complétées par deux Protocoles en 1997, renforcent considérablement les règles de droit international applicables dans le cas de conflit armé qui, jusqu'alors se limitaient pour l'essentiel aux vieilles Conventions de La Haye de 1899 et de 1907;
- 2° les crimes contre l'humanité, étroitement liés aux crimes contre la paix et aux crimes de guerre dans le Statut du Tribunal de Nuremberg, acquerraient progressivement leur autonomie; et
- 3° avec l'adoption de la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, celui-ci se détachait de la catégorie plus générale des crimes contre l'humanité dans laquelle il était inclus auparavant, tandis que de multiples autres crimes étaient, au fil des années, internationalement définis (*apartheid*, terrorisme, torture, atteinte à la sécurité de l'aviation civile, etc.).

En même temps qu'elle se préoccupait de définir les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, l'Assemblée générale avait, en 1948, demandé à la C.D.I. d'étudier la question de la création d'une Cour criminelle internationale permanente, initiative rendue nécessaire par l'article 6 de la Convention sur le génocide qui prévoyait la compétence d'une telle juridiction, comme le fera plus tard la Convention anti-*apartheid* de 1973. La Commission du droit international ayant conclu en faveur de la faisabilité du projet, ce sont cependant deux Comités intergouvernementaux qui ont été chargés de le rédiger. Leurs projets de Statut de Cour criminelle internationale, de 1951 et 1953, n'ont soulevé l'enthousiasme ni de la doctrine ni des États et ont été enterrés temporairement, leur sort ayant été lié à celui du Code, lui-même remis à des jours meilleurs...

\* \* \*

L'effondrement de l'Empire soviétique rendait beaucoup moins improbable la création de juridictions pénales internationales, et il est très frappant que, dès 1990, les Ministres des Affaires étrangères des Communautés aient évoqué la possibilité de faire juger par un tribunal international Saddam Hussein et les principaux responsables de l'invasion du Koweït et de graves violations du droit humanitaire de la guerre (utilisation de «boucliers humains» par exemple). Le projet est resté

sans lendemain et était assez irréaliste car aucune perspective de jugement effectif ne pouvait être envisagée; de plus, les arrière-pensées «politico-pétrolières» de ses promoteurs étaient trop évidentes pour qu'il puisse être pris au sérieux.

L'idée a été reprise, avec succès cette fois, dans le cadre des conflits yougoslaves. A l'initiative de la France (même si cela était dans l'air du temps), le Conseil de sécurité a créé, par ses résolutions 808 et 827 de 1993, un Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (T.P.I.) «pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire international commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991».

Je n'ai pas l'intention d'entrer dans les détails en ce qui concerne les modalités de création du Tribunal. Je voudrais seulement insister sur deux points:

- D'abord sur l'extrême rapidité du processus de création; c'est en août 1992 que la Conférence de Londres pour la paix en ex-Yougoslavie lance l'idée, en novembre que la CSCE charge un groupe de trois experts de préparer un projet de Statut sous forme de traité; en janvier 1993 que la France fait de même —mais le groupe français, le «Comité Truche», du nom de son Président, dont j'ai été le Rapporteur, prévoit l'adoption du projet par le Conseil de sécurité; le 8 février, le projet français est prêt; le 22 février, le Conseil décide la création du Tribunal; et, le 25 mai, il adopte son Statut par la résolution 827; pour qui connaît les lenteurs onusiennes, c'est une sorte de record...
- Le second point sur lequel il faut s'arrêter quelques instants concerne les modalités de sa création: pour des raisons principalement de rapidité, on a écarté l'idée d'un traité au profit d'une simple résolution du Conseil de sécurité. Ceci a été critiqué; parfois avec vigueur. Je ne pense pas que ces critiques soient fondées. Outre que la technique retenue était la seule efficace, elle est moins éloignée qu'il y paraît de celle adoptée lors du seul précédent existant, celui du Tribunal de Nuremberg; bien sûr, celui-ci a été créé par un traité, le fameux Accord de Londres de 1945, mais il n'a été conclu qu'entre les vainqueurs, alors qu'il s'agissait de juger les vaincus; à l'égard de ceux-ci, il s'apparentait donc plus à une décision qu'à un traité. En outre, il me paraît indiscutable que le Conseil avait, en l'espèce, bien compétence pour procéder à cette création, dès lors qu'il considérait que le jugement (ou même simplement la menace d'un tel jugement)

des responsables de violations graves du droit international humanitaire constituait un moyen de rétablir la paix et la sécurité internationales, domaine dans lequel le Conseil a une responsabilité «principale» (article 24 de la Charte). On a regretté —et cela a été le cas du Représentant brésilien au Conseil de sécurité— que l'Assemblée générale n'ait pas été associée à ce processus de création; je partage ces regrets; mais c'est un problème d'opportunité, non de droit; et, en revanche, on peut avoir des doutes sur le fait que l'Assemblée aurait pu, seule, créer une juridiction pénale dotée d'une compétence obligatoire: contrairement au Conseil, elle n'a pas le pouvoir d'adopter des décisions s'imposant aux États.

Quoi qu'il en soit, c'est le Conseil de sécurité qui a créé le T.P.I.; et il l'a doté d'une compétence à la fois adaptée et assez précisément définie:

- ratione personae*, «le Tribunal international est habilité [par l'article 1er de son Statut] à juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaires commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie...»;
- ratione temporis*, cette compétence s'étend uniquement aux crimes commis depuis 1991; et
- ratione materiae*, elle porte aux «infractions graves aux Conventions de Genève de 1949» (art. 2), aux «violations des lois et coutumes de la guerre» (art. 3), au génocide (art. 4) et aux crimes contre l'humanité (art. 5).

Siégeant à La Haye, le T.P.I. est composé de onze juges élus pour quatre ans (le premier renouvellement a eu lieu fin 1997) par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale. Ils sont répartis en deux Chambres de première instance de trois juges et une Chambre d'appel de cinq Membres, dont le Président (succesivement le Professeur italien Antonio Cassese et la Juge américaine Mme. McDonald, est celui du Tribunal. Les poursuites, conformément à la tradition des juridictions pénales des pays de *common law* relèvent non des Juges mais du Procureur, qui est assisté d'un imposant Bureau. Le greffe est commun au Tribunal et au Bureau du Procureur.

En dépit du scepticisme avec lequel sa création avait été accueillie, le Tribunal s'est rapidement mis au travail et, malgré l'activisme brouillon et médiatique déployé par son premier Procureur, le Sud-Africain Goldstone (auquel a succédé Mme. Harbour, une Canadienne), a fait la preuve du sérieux de ses méthodes de travail et d'une efficacité re-

lative en mettant effectivement en jugement les accusés dont il a obtenu qu'ils lui soient remis et en inculpant les principaux responsables directs de l'«épuration ethnique». À l'heure actuelle, deux accusés ont été jugés —dont l'un, *Erdemovic*, définitivement, tandis que l'appel du second, *Tadic*, est en cours; une douzaine de personnes attendent d'être jugées et une soixantaine d'actes d'accusation ont été rendus publics.

Le gros problème auquel se heurte le travail du Tribunal tient cependant à la coopération des États et, d'abord, de la Yougoslavie et de ses affidés en Bosnie-Herzégovine: la grande majorité des accusés —en particulier les plus grands criminels poursuivis, Karadzic et Mladic— se trouvent dans la partie du territoire de celle-ci contrôlée par les Serbes, la Republika Srpska, qui refuse toute coopération et l'arrestation par la FORPRONU est hasardeuse (bien que les forces britanniques et néerlandaises y aient procédé à des arrestations à deux reprises, les Français s'y refusent; je signale d'ailleurs au passage que la coopération des autorités françaises avec le Tribunal est particulièrement insatisfaisante, même si les choses se sont un peu améliorées récemment).

La création du T.P.I. a assurément constitué un évènement considérable: pour la première fois depuis la guerre des personnes accusées de crimes internationaux sont jugées par une instance internationale sur la base de règles exclusivement internationales, affirmées et muries depuis 1945 —et ceci sans que l'on puisse prétendre qu'il s'agit d'une justice de vainqueurs, mais, au contraire, pour éviter les risques d'une justice partielle, exercée dans la fièvre par les parties prenantes au drame yougoslave.

D'une certaine manière, ceci est plus vrai encore du Tribunal pénal international pour le Rwanda (T.P.R.) institué le 8 novembre 1994 par la résolution 955 du Conseil de sécurité car, dans cette hypothèse, la probabilité d'un jugement effectif des principaux responsables du génocide rwandais est beaucoup plus grande, leur remise au Tribunal étant certainement moins problématique que dans le cas du T.P.I.

\* \* \*

Il est tout à fait évident que la création des deux tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda a donné un «coup de fouet» aux travaux de la C.D.I. en matière de droit international pénal.

Laissée en jachère en 1954, l'élaboration du Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité n'a repris, avec une sage lenteur,



qu'en 1981, sept ans après l'adoption de la définition de l'agression, mais a fini par aboutir à un premier projet en 1991 et à un second, plus ramassé (le nombre des crimes ayant été ramené de douze à cinq), en juillet 1996.

Par ailleurs, dès 1990, l'Assemblée générale avait relancé, d'ailleurs prudemment, le projet de juridiction permanente en priant la C.D.I. «d'étudier la question de la création d'une Cour de justice pénale internationale permanente ou d'un autre mécanisme juridictionnel pénal de caractère international». Anxieuse de ne pas être dépossédée de ce sujet important et symbolique comme elle l'avait été en 1950, la Commission a fait preuve de zèle et de rapidité: dès 1992, elle a, à nouveau, conclu en faveur de la faisabilité d'un tel projet, et manifesté sa préférence pour une juridiction permanente et, les deux années suivantes, elle a constitué en son sein des Groupes de travail qui ont élaboré deux projets successifs de Statut de Cour criminelle internationale dont le second, approuvé par la C.D.I., a été envoyé en 1994 à l'Assemblée générale qui l'a elle-même renvoyé à un Comité intergouvernemental *ad hoc* en 1994 (résolution 49/53) puis à une Commission préparatoire en 1995 (résolution 50/46)...

Les choses en sont là: la complexité du sujet, les oppositions entre les positions respectives des États, les réticences de beaucoup d'entre eux et leurs manoeuvres de retardement n'ont pas permis de progrès substantiel dans l'élaboration d'un projet de Statut définitif, malgré deux réunions du Comité *ad hoc* et cinq de la Commission préparatoire (qui est d'ailleurs actuellement réunie à nouveau à New York à l'heure où je parle).

\* \* \*

Il n'est pas certain du tout que la conférence diplomatique qui doit se réunir à Rome en juin prochain pour adopter le Statut de la future C.C.I. permanente réussira à le faire. Il n'en est pas moins devenu à peu près inévitable et certain que, d'ici la fin du siècle, une Cour criminelle internationale sera créée. Malheureusement, tout donne à penser qu'elle sera un faux semblant plus apte à donner bonne conscience aux âmes vertueuses qu'à s'acquitter efficacement de sa si nécessaire fonction: le jugement et le châtement des auteurs des crimes les plus odieux, commis le plus souvent au nom de l'État.

Les atermoiements de la «Commission préparatoire» demeurent inquiétants et dont il y a fort à parier que le peu de souffle qui inspirait le

projet de la C.D.I. de 1994 en sera soigneusement éliminé. Toutefois, en l'absence de tout contre-projet cohérent généralement accepté, c'est ce texte qu'il faut brièvement analyser.

La moindre de ses faiblesses réside probablement dans le mode de fonctionnement de la Cour tel que l'a prévu la C.D.I. Et pourtant...

Fort sagement, l'Assemblée générale avait, en 1990, laissé la porte ouverte à toute forme de «mécanisme juridictionnel pénal de nature internationale». Ceci permettait d'envisager de multiples hypothèses d'une Cour permanente à une simple liste de juges, en passant par des mécanismes innovateurs de coopération plus ou moins poussée entre juridictions pénales nationales. Seule la première de ces solutions a retenu sérieusement l'attention de la C.D.I. malgré quelques timides allusions à d'autres possibilités dans le rapport du Groupe de travail de 1993.

Cela ne va pas sans inconvénient. On s'achemine en effet vers la création d'une très lourde —et par conséquent très coûteuse— bureaucratie internationale. Car il ne faut pas s'y méprendre: la justice pénale coûte infiniment plus cher que la justice internationale tout court: les ressources du T.P.I., qui se plaint amèrement et non sans raison de l'insuffisance de ses moyens, sont près de trois fois supérieures à celles de la C.I.J. C'est qu'au traitement des Juges et du personnel du Greffe s'ajoute le coût du Bureau du Procureur, c'est-à-dire les salaires des enquêteurs et les dépenses, fort élevées, liées aux enquêtes.

On peut toujours rétorquer que «la justice n'a pas de prix». D'une part c'est politiquement absurde et irréaliste au moment où les États opèrent des coupes sombres dans les budgets des institutions internationales (y compris de la Cour mondiale). D'autre part, ce n'est pas seulement un problème d'argent: on aura beau entretenir sur une base permanente une armée d'enquêteurs potentiels, il y a fort à parier que, lorsqu'il faudra, concrètement, mener des enquêtes, ils ne pourront s'acquitter de leur mission spécifique: une enquête sur les viols commis en Bosnie-Herzégovine n'appelle pas les mêmes qualifications que la recherche de preuves en matière d'agression; et ne serait-ce qu'au point de vue linguistique, les enquêteurs ne sont pas interchangeables. A ce premier point de vue, les tribunaux *ad hoc* présentent une supériorité intrinsèque et assez évidente par rapport à la lourde machinerie vers laquelle on s'achemine. D'autant plus que la future Cour permanente ne devrait avoir vocation qu'à sanctionner les crimes les plus graves et non *toutes* les infractions définies par le droit international et qui, de ce fait, fort heureusement, ne sont pas commis tous les jours, si

bien que l'on risque d'entretenir grassement une armée d'enquêteurs oisifs.

\* \* \*

Infiniment plus graves sont cependant les «vices de conception» qui entachent la compétence de la future Cour telle que la C.D.I. l'a envisagée.

Le mécanisme qu'elle a prévu se caractérise d'abord par une très grande complication. Dans ses grandes lignes, il est le suivant:

1° L'article 20 du projet de 1994 confère compétence à la Cour pour les crimes de génocide et d'agression, les «violations graves des lois et coutumes applicables dans les conflits armés» et les crimes contre l'humanité, mais aussi pour toute une kyrielle d'infractions définies dans des conventions dont une annexe donne une longue liste et où l'on trouve pêle-mêle les infractions graves aux Conventions de Genève de 1949 (dont on veut espérer qu'elles sont couvertes par les violations graves du droit des conflits armés) et au Protocole I de 1977 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, que plusieurs États importants, dont malheureusement la France, n'ont pas ratifié pour de mauvaises raisons, mais pas au Protocole II sur les conflits armés internes, la capture illicite d'aéronefs, l'apartheid, la prise d'otages, la torture ou le trafic des stupéfiants...

Cet amalgame n'est pas acceptable. Oh certes, tous ces actes sont odieux et répréhensibles; mais pour condamnables qu'ils soient, ils ne portent pas atteinte de la même manière et au même degré à «la paix et à la sécurité de l'humanité» dans son ensemble. Et à mêler ainsi les uns et les autres, on banalise de façon fort inappropriée les crimes les plus graves et, au point de vue juridique, les plus solidement établis en droit international.

Or, à l'heure actuelle, quatre crimes et quatre seulement entrent dans cette catégorie: l'agression, le génocide, les crimes contre l'humanité et les infractions graves au droit humanitaire des conflits armés. Ceux-là menacent les fondement même de la société internationale, révoltent profondément la conscience humaine et sont consacrés, de manière indiscutable, comme «les crimes des crimes», par la pratique et la jurisprudence internationales; pas les autres. Le trafic de stupéfiants est répugnant (en tout cas lorsqu'il s'agit de drogues dures) mais le mettre sur le même plan que le génocide est tout simplement scandaleux; et si l'on peut parfaitement comprendre que certains États, lati-

no-américains surtout, souhaitent en internationaliser la répression, il convient de créer une juridiction spéciale à cette fin; confier cette mission à la Cour mondiale qui sera chargée de réprimer le génocide, c'est gommer, scandaleusement, l'horreur de celui-ci (sans préjudice de l'objection, déjà évoquée tenant aux compétences différentes que ces deux infractions exigent des enquêteurs et peut-être des juges).

A cet égard, la C.D.I. semblait s'être ressaisie à l'occasion de la seconde lecture du Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité puisque, non sans discussion, elle semblait prête à limiter à quatre le nombre de ces crimes, ceux mentionnés ci-dessus, les «quatre grands crimes». Toutefois, *in extremis*, elle y a ajouté les atteintes à la sécurité du personnel des Nations Unies, simple mais regrettable effet de mode à la suite de l'adoption d'une convention sur ce sujet par l'Assemblée générale en 1994.

2° Les relations entre le Code d'une part et la Cour d'autre part, demeurent un mystère et c'est poser tout le problème du droit applicable par celle-ci sur lequel le projet de la C.D.I. demeure d'une étonnante discrétion puisque son article 33 se borne à indiquer que:

- «La Cour applique:
- «a) le présent Statut,
- «b) les traités applicables [lesquels s'agissant des crimes contre l'humanité ou du génocide?] et les principes et règles du droit international général;
- «c) le cas échéant, toute règle de droit interne».

En premier lieu, on voit mal pourquoi et comment une juridiction internationale devrait appliquer des règles de droit interne. En second lieu et surtout, contrairement aux Statuts du T.P.I. et du T.P.R., le projet de Statut ne définit pas les «quatre grands crimes». Certes, à l'exception de l'agression, ceux-ci ont des définitions bien établies en vertu du droit coutumier international, mais il serait certainement plus compatible avec les principes fondamentaux du droit pénal que celles-ci soient énoncées par écrit (comme le faisait déjà l'article 6 du Statut du Tribunal de Nuremberg).

Le problème serait résolu si la Cour devait appliquer le Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Encore faudrait-il que celui-ci soit convenablement rédigé et que les États soient prêts à l'accepter. Il est fort douteux que l'une comme l'autre de ces conditions soient remplies à l'heure actuelle...

3° Mais il y a pire et plus grave. Le projet de la C.D.I. met en effet de nombreuses conditions à ce que la future Cour puisse exercer effectivement la compétence qui lui est théoriquement dévolue.

La première tient à la limitation par l'article 21 de la possibilité de déposer une plainte aux seuls États qui détiennent la personne soupçonnée de crime et sur les territoire desquels l'acte a eu lieu. Le texte de la C.D.I. était suffisamment ambigu pour que l'on puisse espérer que ces conditions étaient alternatives, mais la Commission préparatoire semble décidée à les rendre cumulatives; davantage même: la France, dont la position sur ce dossier est proprement scandaleuse, voudrait faire reconnaître que la Cour ne puisse être saisie que si *trois* États y consentent: celui sur le territoire duquel le crime a été commis, et ceux dont la victime et le suspect ont la nationalité; voilà qui garantit d'avance la paralysie et l'impuissance de la future juridiction!

A ces exigences indécentes, l'article 25 du projet de la C.D.I. fait cependant une exception pour le crime de génocide en prévoyant que, dans ce cas, tout État partie à la Convention de 1948 peut saisir le Procureur d'une plainte. Au contraire, s'agissant de l'agression, l'article 23 limite la possibilité de saisir la Cour aux hypothèses dans lesquelles «le Conseil de sécurité a constaté au préalable qu'un État a commis l'acte d'agression faisant l'objet de la plainte». Ce n'est pas enthousiasmant, notamment du fait du droit de veto appartenant aux membres permanents du Conseil de sécurité, mais ceci est probablement réaliste et conforme à la lettre et à l'esprit de la Charte des Nations Unies.

En outre et de toutes manières, la future Cour sera une juridiction «à la carte» en ce sens que les États non seulement pourront rester en dehors de la Convention la créant mais que, même s'ils la ratifient, ils pourront accepter sa compétence de manière partielle et sélective ou ne pas l'accepter du tout. En d'autres termes, il sera parfaitement loisible à un État de devenir partie au Statut de la Cour (et de bénéficier ainsi de tous les privilèges liés à la qualité de membre, notamment celui de participer aux élections des Juges et même de présenter un candidat) tout en préservant ses nationaux de tout risque de plainte!

Un tel système est tolérable s'agissant de la justice inter-étatique (et c'est ainsi que fonctionne la C.I.J.). Il ne l'est pas lorsque l'on institue —enfin!— une juridiction chargée de punir les auteurs des crimes odieux qui révoltent la conscience humaine et mettent en péril les fondements mêmes de la communauté internationale. Peu importe ici ce

que veut ou ne veut pas tel ou tel État: c'est la société internationale tout entière qui est menacée et concernée.

\* \* \*

On touche là, en fait, le plus grand scandale du projet de création de la Cour tel qu'il se présente actuellement: son manque total d'internationalisme qu'attestent les incroyables limitations mises à sa compétence, mais qui résulte d'abord et avant tout du mode même de création de la future juridiction. Celui-ci est en effet proprement aberrant si on le rapporte à son objet.

Si, en effet, une chose paraît définitivement décidée, c'est bien la création de la Cour par une convention; seule solution envisagée par la C.D.I., elle a, d'ores et déjà, été retenue par l'Assemblée générale des Nations Unies qui a prévu la convocation d'une conférence diplomatique à cette fin dans sa résolution 50/46 du 11 décembre 1995.

Par ce biais, les États entendent «verrouiller» complètement le projet: par hypothèse, un traité (ou une convention —c'est la même chose) n'entre en vigueur que si l'État le veut bien et à l'égard de ceux qui le veulent et qui, pour cela, le ratifient. On s'achemine donc vers la création d'un «cercle d'États vertueux»: seuls ratifieront ceux qui pensent n'avoir rien à redouter de la Cour; la Suède, mais pas la Chine; les Pays-Bas, mais pas la Libye; la France peut-être malgré la stupide (et inquiétante) opposition de ses militaires, mais pas l'Irak. Ou alors, les pays réticents feront le calcul cynique de ratifier mais sans accepter la compétence de la Cour, ce qui sera à peine mieux mais permettra au moins d'attirer leurs ressortissants coupables de génocide devant la Cour si, du moins, le projet de la C.D.I. n'est pas, sur ce point aussi, infléchi dans un sens purement inter-étatique.

Il y a, pourtant, un moyen bien simple d'empêcher le verrouillage ou le torpillage du futur Statut. Il consiste à en faire non pas une convention mais une résolution conjointe de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité des Nations Unies. Certes, d'excellents esprits ne manqueront pas d'objecter que ces organes n'ont pas, en principe, le pouvoir d'adopter des décisions obligatoires de ce genre. C'est inexact.

Le Conseil de sécurité est investi d'un pouvoir décisionnel dans le cadre du chapitre VII de la Charte et c'est sur ce fondement qu'il a créé le T.P.I. et le T.P.R. Ceci étant, il est vrai qu'il n'a pas un pouvoir réglementaire général et qu'il ne peut agir que dans le cas de menace contre la paix, de rupture de la paix ou d'acte d'agression. Mais, dans ces

hypothèses, il peut avoir besoin de recourir à une juridiction criminelle; les précédents de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda le montrent. Et c'est pour cette raison qu'il est bon qu'il participe à l'institution de la Cour; cette participation au processus de création justifierait qu'il y ait recours de manière autrement plus convaincante que l'article 23, paragraphe 1, du projet de la C.D.I. qui lui permet de renvoyer une «question» [?] à la Cour lorsqu'il agit dans le cadre du chapitre VII; mais on voit mal pourquoi il pourrait utiliser un organe qui serait l'émanation d'un groupe aléatoire d'États et non de la communauté internationale dans son ensemble.

Celle-ci est représentée de manière très acceptable par l'Assemblée générale dont la composition est aujourd'hui à peu près universelle et qui a compétence dans tous les domaines couverts par la Charte, y compris donc pour assurer «le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales» (article 55) auquel la lutte contre l'impunité se rattache à l'évidence. Au surplus, comme l'a affirmé la C.I.J., dans un avis consultatif rendu en 1954, l'Assemblée a sans aucun doute le pouvoir de créer un organe juridictionnel lorsque ceci est nécessaire à l'exercice de ses fonctions.

Certes, elle ne saurait, ce faisant, obliger les États à accepter la compétence de la Cour qu'elle viendrait à créer dans ces conditions car, sauf exceptions, elle ne dispose pas d'un pouvoir de décision à l'égard des États membres des Nations Unies. Toutefois, outre que l'on pourrait se demander si, justement, dans cette hypothèse, on ne se trouve pas en présence de l'une de ces exceptions nécessaires et implicites, ceci ne constitue pas une objection dirimante: d'une part, le Conseil de sécurité pourrait toujours imposer aux États de coopérer avec la Cour s'il constate que la paix et la sécurité internationales sont menacées —et elles le sont, presque par définition, lorsqu'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est commis, même si les deux notions ne se recouvrent pas entièrement; d'autre part, si l'Assemblée générale ne peut pas imposer, elle peut proposer. En d'autres termes, elle pourrait établir un Statut auquel les États pourraient volontairement adhérer (au moins autant qu'au traité que l'on envisage) et créer une Cour qu'ils pourraient s'engager à saisir par avance ou qu'ils pourraient saisir au cas par cas lorsqu'ils en ressentent le besoin.

On se rapprocherait ainsi bien davantage de l'idéal qui inspire, en paroles, les promoteurs de la Cour criminelle internationale conçue comme devant être au service de l'humanité tout entière qu'en la créant par un traité sans souffle, entièrement conçu pour rassurer les États les

plus suspects du plus parfait mépris pour la protection des droits humains.

Certes, le pire n'est pas toujours sûr et l'on peut encore espérer un sursaut de la raison et du courage politique et moral. Mais les choses sont bien mal engagées: les aspects les plus critiquables du projet de la C.D.I., atterrants à maints égards, semblent devoir être accentués par les représentants des gouvernements au sein des organes prudemment créés par l'Assemblée générale pour éliminer toute trace d'internationalisme et toute vision d'avenir d'un projet (celui de la C.D.I. de 1994), qui était lui-même déjà fort étriqué. Qu'il s'agisse du mode de création de la Cour, de sa compétence ou des modalités de son fonctionnement, la société des États, effrayée par sa propre audace (relative), s'ingénie à rendre entièrement inoffensive une entreprise dont l'inspiration initiale généreuse a totalement disparu. Il n'est peut-être pas trop tard pour la retrouver; mais le temps presse.

## Resumen

El texto analiza los distintos mecanismos internacionales que existen para juzgar los crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad. A lo largo del mismo, se defiende la existencia de un tribunal internacional permanente encargado de juzgar los crímenes más graves, considerando utópica la creación de un Derecho internacional a imagen y semejanza de las leyes de los Estados nacionales.

Un Derecho penal internacional ha de enfrentarse a obstáculos de naturaleza política y jurídica, por lo que hasta la fecha la aplicación de cualquier ley internacional ha sido imposible, ya que los Estados, por un lado, se han constituido en una pantalla totalmente impermeable entre el individuo y el Derecho internacional y, por otro, se han reservado el monopolio de un juicio internacional. Además, la justicia internacional ha sido entendida por los Estados como algo voluntario.

---

Le présent article reproduit le texte d'une conférence prononcée par l'auteur dans le cadre du Forum Deusto à Bilbao le 12 mai 1998. Depuis lors, le Statut de la Cour pénale internationale a été adopté à Rome le 17 juillet 1998; ce traité, qui entrera en vigueur lorsqu'il aura été ratifié par soixante États, n'apaise qu'en partie les craintes et les réserves que j'avais exprimées deux mois plus tôt.

A. P.



Tradicionalmente, cuanto más odioso es un crimen y más amenaza a la comunidad internacional, más fácil es que quede archivado, ya que normalmente estas agresiones se cometen bajo el nombre del Estado o por instigación y con la complicidad del mismo. Para romper esta impunidad intolerable, deberíamos rasgar el velo del Estado e ir hacia la persona física y el individuo autor del crimen. Esto es, definir el crimen a nivel internacional y crear una jurisdicción capaz de aplicar leyes penales al mismo nivel.



# The Rights of Minorities and Indigenous Peoples

por **D. Patrick Thornberry**

*Conferencia pronunciada  
el 26 de mayo de 1998*

Forum Deusto



## **Human Rights, Minorities and Indigenous Peoples: A Perspective on the Development of International Law**

por D. Patrick Thornberry\*

I wish to express my profound thanks to the organizers of the Deusto Forum for the opportunity to speak to you today. The scope of the presentation is confined to post-1945 developments, with the League of Nations mentioned only as a backdrop. I have been fascinated by the response of international law over centuries to the question of non-European «others» and the discourses of conquest, including those of Spain. But reflections on those developments and discourses are for another place, another time. In this year of the fiftieth anniversary of the Universal Declaration on Human Rights, I propose to look at the place of minorities and indigenous peoples in international human rights law. Minority rights and rights of indigenous peoples are an aspect of human rights law which nevertheless exhibit their own specific characteristics and to some extent may even strain its fabric. While celebrations of the UDHR are appropriate and justified, it is perhaps as well to recall that 1998 is also the 50th anniversary of the Convention against Genocide, and that, in the words of Jacques Derrida:

---

\* Patrick Thornberry es Doctor en Derecho Internacional y uno de los grandes especialistas en los temas de minorías. Abogado en ejercicio desde 1974 y perteneciente también a la Asociación de Derecho Italo-Británico, es en la actualidad Profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Keele (UK). Ha sido durante varios años Director del Centro de Investigación de Derechos de las Minorías en la misma Universidad. Ha sido colaborador y visitante de varias Universidades y realiza una importante labor como consultor legal y consejero de la Comisión Europea y Consejo de Europa. Es además consejero del Arzobispo de Chipre. Cuenta en su haber con una decena de monografías y ha publicado también numerosos artículos en revistas especializadas.

«Never have violence, inequality, exclusion, famine, and ... economic oppression affected as many human beings in the history of the earth and humanity ... let use never neglect this macroscopic fact, made up of innumerable singular sites of suffering: no degree of progress allows one to ignore that never before, in absolute figures, have so many men, women and children been subjugated, starved or exterminated».<sup>1</sup>

It may be as well to add, that in the repertoire of oppression, the suffering of indigenous peoples and minorities has been disproportionately high, devastating the existence of many groups.<sup>2</sup> The world has suffered great cultural losses, as well as making gains, in the era of the United Nations, in the Age of Rights. This prompts us to consider whether, in Kant's question, the human race is continually improving? And whether the debate on human rights prompted by, among other things, this fiftieth year, can be interpreted as a «prophetic sign» —*signum prognosticum*— of humanity's moral progress, despite this century's evidence to the contrary.<sup>3</sup>

### Three Phases of Rights

The human rights response to ethnic issues has fluctuated considerably since the founding of the United Nations and the emergence of the regional intergovernmental organizations. There are phases in legal dealings with the ethnic question. Each stage of development is at once the product and the progenitor of other life forms. This lecture links developments in minority rights with indigenous questions even though the trajectories of the two are not entirely congruent. There is however and will continue to be an interpenetration between the legal regimes for such groups in international law—they are not sealed into separate ethnic boxes. As a beginning, it is as well to intimate some idea of what we mean by minorities and indigenous

---

<sup>1</sup> J. Derrida (P. Kamuf, trans.), *Specters of Marx* (1994), 85, cited by S. Marks in «The End of History? Reflections on some International Legal Theses», 3 E.J.I.L. (1997), 449-77, 457.

<sup>2</sup> On the indigenous side, see The Independent Commission on International Humanitarian Issues, *Indigenous Peoples: A Global Quest for Justice* (London and New Jersey: Zed Books, 1987).

<sup>3</sup> Discussed by Norberto Bobbio in *The Age of Rights* (Polity Press, Cambridge, 1996).

peoples. On the first term, the approach of Capotorti is typical of many efforts, describing a minority as:

«A group numerically inferior to the rest of the population of the State, in a non-dominant position, whose members —being nationals of the State— possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those of the rest of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language.»<sup>4</sup>

Article 1.1. of the ILO Convention on Indigenous and Tribal peoples states that the instrument applies to:

- (a) tribal peoples in independent countries whose social, cultural and economic conditions distinguish them from other sections of the national community, and whose status is regulated wholly or partially by their own customs or traditions or by special laws or regulations;
- (b) peoples in independent countries who are regarded as indigenous on account of their descent from the populations which inhabited the country, or a geographical region to which the country belongs, at the time of conquest or colonisation or the establishment of present state boundaries and who, irrespective of their legal status, retain some or all of their own social, economic, cultural and political institutions».

Article 1.2. adds that «Self-identification as indigenous or tribal shall be regarded as a fundamental criterion for determining the groups to which the provisions of this Convention apply».

It must be observed that general international law has not advanced to a canonical definitions of terms —nor is there any consensus on what constitutes a «national» minority. Capotorti's views have been challenged by the UN Human Rights Committee. There is a politics of definition circulating around the recognition of indigenous peoples in the UN draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, with (some) governments pressing for definition and the indigenous resisting. Some even refuse to use «peoples» preferring «populations» or just «indigenous people».

---

<sup>4</sup> F. Capotorti, *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities* (New York: United Nations, 1991), paragraph 568.

## *The First Phase*

In the first UN phase, following the collapse of the League of Nations «dwindled into a ghost not fit to cope»,<sup>5</sup> minority rights were not an explicit concern of those who drafted the foundation documents of human rights law. The League of Nations developed a repertoire of instruments and procedures to deal with minority issues in a limited group of mostly Central and East European States. Rights of inhabitants, rights of nationals and of minorities belonging to nationals, were specified, and the minority rights aspects internationalized. The approach was humanitarian and pragmatic and the results were ambivalent. The system was caught up in the strains of inter-war politics, and despite much good work on the minutiae of rights, the system was undermined from within and without the nation-States. There is no specific reference to minorities in either the UN Charter or the UDHR. The ethnic issue was not neglected but was expected to make its way through the new principles of human rights on the basis of non-discrimination on grounds such as «race, sex, language or religion». The omission of minorities from key instruments had significant effects in the latter half of the century. Human rights, a continuation and instantiation of the meta-narrative of the Enlightenment, were set to characterise the UN age. The approach was centred on the individual person (in gendered language), the concern was global, the promise was limitless. The great leveller of non-discrimination and the possibilities of equality of opportunity opened up by it, would make attention to the rights of particular groups supererogatory. So League ideas of protecting specific groups were elbowed aside. In the buccaneering age of rights, desires to express local identities seemed regressive and anachronistic. The key was the development or consolidation of secure national identities, essentially monolithic, homogeneous, constrained and stable. The nation-building momentum increased with the addition of a raft of new States to United Nations membership. Many of the States were conglomerates which would either stand whole or fall apart. Hence the urge to «construct» peoples from the arcane geometries of the colonial powers. In the UN Charter, the approach was sanctified by the principle of the sovereign equality of States, non-interference in the domestic affairs of States, and the principle of self-determination. This last principle fast became a right of the whole «people» in a colonial territory to

---

<sup>5</sup> Robert Browning, *Childe Roland to the Dark Tower Came* [1855].



independence. Western States did not protest too much against the erosion or destruction of local identities. Entities such as minorities and indigenous peoples, located between State and individual, were lined up for excision with Occam's razor.

There were other straws in the wind. The United Nations set up a subordinate body of the Commission on Human Rights entitled the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities [the Sub-Commission]. The use of the term «minority» in the Sub-Commission's title was important for the future. The Council of Europe incorporated the phrase «association with a national minority» into the non-discrimination clause (article 14) of the European Convention on Human Rights [ECHR]. A small spread of bilateral treaties engaged locally with the minorities issue; the arrangements are still there, supplemented by an explosion of «bilateralism» in the 1990s. The UN General Assembly adopted resolution 217C(III) on the same day as the UDHR, declaring that the United Nations could not remain indifferent to the fate of minorities. There was a curious crossover between the drafting of the UDHR and the drafting of the Genocide Convention. It seems fairly clear that the omission of any article on cultural genocide from the Genocide Convention affected the UDHR. Cultural genocide was unacceptable to those who drafted the Convention precisely because of implications it would have had for nation-building processes. Its unacceptability was promoted by arguments about the inability to define the elements of cultural genocide. So genocide was understood as essentially physical and biological. The element in Article II(e) of «forcibly transferring the children of the [«national, ethnical, racial, or religious»<sup>6</sup>] group to another group» is all that remains of the concept of cultural genocide, unless one extends the idea of «mental harm» in Article II(b) to cultural damage. In this first phase, indigenous peoples were locked into policies associated with indigenism —integration, assimilation or civilisation of the Indians. Such policies were not dissimilar from assimilationist policies pursued against minorities. The themes emerged with some force in the work of the ILO which, with the co-operation of much of the UN system, produced ILO Convention No. 107 of 1957 on the Protection and Integration of Indigenous and other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries. «Integration» meant assimilation. In the eye of the Convention, the indigenous were

---

<sup>6</sup> Article II.

vulnerable societies mostly on the way to disappearance. The Convention would smooth the dying pillow. Their cultures and languages were not permanent, enduring features of the human landscape. These «populations» would integrate, learn the national language, be educated by state functionaries or missionaries with delegated powers, and be developed in ways that were good for them. Twenty-seven states ratified Convention 107. Nevertheless, there is some equivocality here. The term «populations» in the title of the Convention could be seen as a tilt towards the collective, to the ethnic unit. And the recognition of indigenous land rights in the Convention was also an introduction to a broader appreciation of the characteristics of the peoples, and ultimately the indigenous association of land with culture and community, resources and subsistence, and the spirituality of place.

### *The Second Phase*

From, say, the late 1970s, approaches to the ethnic question were changing. The minority rights international law programme was *in statu nascendi*, spurred by the publication of the Capotorti report in 1977 with associated academic writings.<sup>7</sup> The International Covenants were in force, with the crucial Article 27 of the Covenant on Civil and Political Rights [ICCPR]:

«In those States where ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language».

For many years the article bore the main burden of expressing a general international treaty standard on minority rights. Other references, such as Article 5.1.(c) of UNESCO's Convention Against Discrimination in Education, were locked into the non-discrimination paradigm, and even more grudging in their acceptance of minority rights.<sup>8</sup> Then the international community witnessed the slow

---

<sup>7</sup> Capotorti, *op.cit.*

<sup>8</sup> According to Article 2(b), it shall not constitute discrimination if separate educational systems or institutions are set up «for religious or linguistic reasons», if participation is optional and the education conforms to standards for

movement of a UN draft Declaration on Minority Rights, which, in one of history's small ironies, was submitted to the UN by Yugoslavia in 1978. ILO Convention 107 gradually made way for the more participation oriented and less assimilationist Convention No. 169 on Indigenous and Tribal Peoples, work on which began in the mid-1980s.<sup>9</sup> The CSCE/OSCE had made reference to national minorities in the Helsinki Final Act in 1975. There was enough in this to ground a steady elaboration of principle as the CSCE juggernaut rolled on through the succeeding decades. The CSCE processes also struck at Central and Eastern Europe, the historic depository of minority rights in international law. Liberals were becoming more curious about minority rights, digressing on individual and collective rights, looking afresh at neglected aspects of political community.<sup>10</sup> The universal rights/non-discrimination package was coming to appear as insufficiently nuanced for every group everywhere. Equality and non-discrimination could, while accepted as the vital first step in the protection of minorities, also function as part of a totalising project, complementing other aspects of the homogenization of States. In the work of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, the Convention on that subject would eventually become more sensitive to cultural differences, and less obsessed with combating the Apartheid type of segregation. The doctrine of Apartheid exercised a pernicious influence on the understanding of minority rights. The subtleties of differentiating between State-imposed racial segregation and group demands for a measure of separate recognition in cultural spheres in order to guarantee cultural existence and survival were often lost.

---

education at that level. Article 5.1.(c) provides that it is «essential to recognize the right of members of national minorities to carry on their own educational activities» which may include schools and own language teaching provided that «this right is not exercised in a manner which prevents the members of these minorities from understanding the culture and language of the community as a whole and from participating in its activities, or which prejudices national sovereignty» ; caveats are also inserted on the standard of education and the optional nature of the schools.

<sup>9</sup> L. Swepston, «A New Step in the International Law on Indigenous and Tribal Peoples: ILO Convention No. 169 of 1989», *15 Oklahoma City University Law Review*, (1990), 677-714.

<sup>10</sup> Developments are captured in V. Van Dyke, *Human Rights, Ethnicity and Discrimination* (London and Westport: Greenwood Press, 1985).

## *The Third Phase*

The international law lift-off for minority rights arrived at the end of the 1980s. By that time, the concern with political decolonization in Africa and Asia had largely ebbed away and the focus shifted on to economy and development. Self-determination as a concept had become linked with human rights, now understood as reciprocally related. The unravelling of the Soviet Union and Yugoslavia revealed discrete peoples, with sharply differentiated identities, claiming self-determination as their turn, turning to violence to achieve it «like knavish crows ... all impatient for their hour».<sup>11</sup> Identity and culture emerged as key post-modern themes, overriding consciousness of class as the authentic mediator of social relations. The politics of ethnicity and nationalism were the surrogate bodies, the carriers of the new consciousness into social action. They unleashed satisfaction, euphoria and violence in equal measure. Suppressed nations began to obey the first law of intertribal relations «do unto others what has been done to you».<sup>12</sup> Liberal theory woke up to a world of shattered communities and found that history had not ended.<sup>13</sup> As new entities revealed themselves like a series of Russian dolls, international organizations moved to «do something about» minorities; the CSCE/OSCE and the UN were quick off the mark, the Council of Europe slower. The UN can always employ a range of instruments of hard and soft law, whereas the Council of Europe prefers to proceed by the cumbersome but steady treaty method and set up treaty bodies to ensure consistent implementation. Two major treaties have resulted from the work of the Council of Europe: the European Charter for Regional or Minority Languages 1992 [the Languages Charter] and the Framework Convention for the Protection of National Minorities [the Framework Convention], opened for signature in 1995. The OSCE was perhaps better adapted than the Council of Europe for «rapid reaction», a virtue of using the non-treaty but «politically binding agreements» which are at the core of the OSCE enterprise. In terms of standards, the OSCE Copenhagen Document of the Human Dimension [the Copenhagen Document] still represents something of a high-water mark in the recognition of minority rights. The OSCE also adopted a

---

<sup>11</sup> William Shakespeare, *Henry V*, Act 4, Scene 2.

<sup>12</sup> Michael Walzer, «The New Tribalism», in *Dissent*, Spring 1992, 169.

<sup>13</sup> An excellent spectrum of essays is presented in W. Kymlicka (ed.), *The Rights of Minority Cultures*, (Oxford University Press, 1995).

specific «mechanism» for minorities —the High Commissioner on National Minorities, to date a highly personalised office occupied by the charismatic Mr Max van der Stoep. For indigenous peoples, the ILO put in place its empowering Convention 169 on Indigenous and Tribal Peoples in 1989. The Convention opens something of a gap between instruments on minorities and those on the indigenous —such indigenous-specific instruments are more comfortable with the language of collective rights. Even the UN Convention on the Rights of the Child contained identity references, obligatory in 1990, and included the following adaptation of Article 27 of the ICCPR:

«In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities or persons of indigenous origin exist, a child belonging to such a minority or who is indigenous shall not be denied the right, in community with other members of his or her group, to enjoy his or her own culture, to profess and practise his or her own religion, or to use his or her own language».<sup>14</sup>

Besides applying the ICCPR norm to children, the provision employs gender-neutral language and yokes together minorities and indigenous peoples.

## Minority Rights are Human Rights

The integration of these relatively new instruments on minority and indigenous rights with international law has its own difficulties. The rights are not a single issue enthusiasm.<sup>15</sup> Applying this to indigenous rights, Brownlie caustically observes that:

«[m]any writers —scholars, as the Americans like to say, are specialists in human rights, rather than general international law, and specialists in indigenous peoples rather than human rights. Some, at least, of these super-specialists suffer from super tunnel vision. It does not seem to occur to them that their subject of special interest belongs to a much wider world of normative development ...».<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Article 30. See also Articles 2, 8, 20, 23, and 29 for further aspects of culture and identity.

<sup>15</sup> Points made in I. Brownlie, edited by F.M. Brookfield, *Treaties and Indigenous Peoples*, (Oxford: Clarendon Press, 1992).

<sup>16</sup> *Ibid.*, 63.

The Framework Convention puts it more gently:

«The protection of national minorities and of the rights and freedoms of persons belonging to those minorities forms an integral part of the international protection of human rights, and as such falls within the scope of international co-operation».<sup>17</sup>

This is not the League of Nations revisited. In that period, there was a blank space outside the minorities system; an absence of rights guaranteed to individuals by international law. In the new system, it is difficult to say where minority rights begin and end. General human rights apply to members of minorities as they apply to everyone. Clauses in international instruments on the basic principles of non-discrimination and equality are also for general application and directly implicate minorities. Minorities also participate—or should—in general self-determination processes, though they are not named as the holders of the right, which is the province of «peoples».<sup>18</sup> Indigenous peoples regard themselves as more than minorities and claim self-determination.<sup>19</sup> Nevertheless they pushed forward the boundaries of minority rights, notably in the context of Article 27 of the ICCPR.<sup>20</sup> Most of the leading ICCPR cases on Article 27 concern indigenous peoples, starting with *Love/ace v Canada* in 1981. The articles or paragraphs on minority rights in the general texts such as the ICCPR or the UNESCO Convention on Discrimination in Education must read coherently with all the rights.<sup>21</sup> The pre-existing format of human rights and the minority rights superimposed on it generate a host of questions. The new rights generate more controversy than most. They have as much force as other rights, and like all rights, exist in a state of (one hopes, creative) tension with the rest, including generalized principles such as non-discrimination.<sup>22</sup> The relationship between the various registers of principle will engage the international community for

---

<sup>17</sup> Article 1.

<sup>18</sup> See the essay by the present author in Tomuschat, *Modern Law of Self-Determination* (Martinus Nijhoff, 1994).

<sup>19</sup> Article 3 of the UN draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples.

<sup>20</sup> A. Spiliopoulou-Akermark, *Justifications of Minority Protection in International Law* (Uppsala: Iustus Forlag, 1997).

<sup>21</sup> *Supra*.

<sup>22</sup> Consult N. Lerner, *Group Rights and Discrimination in International Law* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1991).

some time to come. For international law, it is not a question of moving from a norm of non-discrimination to one of minority rights. Both norms are simultaneously valid.

## Issues and Perplexities

Complex issues pervade the canon of ethnic rights. One is the relationship between the individual and the collective, arguments through which the modernist tendency to work through binary opposites in manifest. Human rights law insists that collective rights should not undermine individual rights; but the converse is also true. This leads, in *Lovelace*, *Kitok*<sup>23</sup> and other cases, to soft metaphors of «balance» between the communal and individual «rights». Just as individuals may be destroyed by exclusion from community, so are communities destroyed by excessive exercises in self-identification by those claiming membership of particular communities. Can anyone leave - «exit» the community? Can the community expel individuals who claim membership? And where are the limits of communal self-expression or cultural authenticity? Are communities permitted to discriminate in terms of gender, or disability? Who speaks for the «community»?<sup>24</sup> The situation may easily arise where leaders claim the force of «tradition» for their exclusive rights to voice the communal opinion, drowning any dissent within the community in a deep pool of tradition. There are affinities with the generalized discourses of cultural relativism in these perplexities, with their picture of primordial attachments and essentialized communities ranged in opposition to universalizing discourses such as human rights. All of these questions reflect on rights which are recognised in one way or another in contemporary international law: the communal right to exist<sup>25</sup>; the individual right to self-identify.<sup>26</sup> The texts also affirm that individuals

---

<sup>23</sup> Before the UN Human Rights Committee, *Kitok v Sweden*, Communication No. 197/1985, Views of the Committee in UN doc. A/43/40 (1988).

<sup>24</sup> See the useful discussion on M.J. Perry, «Are Human Rights Universal? The Relativist Challenge and Related Matters», *19 Human Rights Quarterly*, (1997), 461-509.

<sup>25</sup> See for example Article 1 of the UN Declaration on the Rights of Persons belonging to ... Minorities, promulgated by UN general Assembly resolution 47/135, 18 December 1992.

<sup>26</sup> See Article 1.2. of ILO Convention No. 169 on Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries (above).

may not be compelled to use minority rights, nor compelled by the State to renounce them<sup>27</sup>. In the case of indigenous peoples in particular, the normative structure of individual human rights, while reinforcing aspects of personal security, may leave their communities vulnerable. Hence their conversation with the international community, and their interrogation of the language of human rights to assess its true potential. Hence their support for «radical» texts such as the draft UN Declaration on Indigenous Rights with its deployment of collective rights language, and their aspiration to a strengthened presence in the UN —not quite equal to States, but an integral part of the whole apparatus.<sup>28</sup>

Kymlicka<sup>29</sup> has argued that, once we accept group-differentiated rights —as international law does, its matters less who holds the rights. But this is not how minority groups and the indigenous —and governments— perceive it. It does matter. Communities may be imagined or fictive, but they command the affections and loyalties of human beings. Their rights are our rights. Many groups do not individualise rights, though they recognise individuals. And so collective rights in the form of for example, ownership of lands, mean something. But it is also true that individual rights can often lead groups more easily through the thickets of international and national law. There are often compromises to be made between purity of aspirations and representation and playing the rights game —and sometimes the best may be the enemy of the good.

---

<sup>27</sup> See for example Article 3.2. of the UN Declaration on Minority Rights ; and Article 3.1. of the Council of Europe's Framework Convention, both of which relate to the exercise of rights by members of minorities as matters of choice by individuals. Paragraph 32 of the Copenhagen Document of the OSCE Human Dimension bites deeper in providing that «To *belong to a national minority* is a matter of a person's individual choice and no disadvantage may arise from the exercise of such choice» (present author's emphasis).

<sup>28</sup> The implicit reference here is to the idea of a Permanent Forum in the UN for indigenous peoples, a proposal stemming from the Vienna Declaration of the World Conference on Human Rights in 1993. The idea continues to be supported by UN bodies, including the General Assembly and the Commission on Human Rights. In resolution 1998/20, the Commission decided to set up an Ad Hoc Working Group «to elaborate and further consider further proposals for the possible establishment of a Permanent Forum».

<sup>29</sup> W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* (Oxford University Press, 1996), ch. 3.



## Rights of Minorities

So which minority or indigenous rights have been brought to human rights and which have not? The language of minority rights in its many variants employs fundamental concepts such as group existence and identity. It also elaborates principles of participation in cultural, social, economic and public life. Development processes are also affected by the movement in minority rights.<sup>30</sup> The new law greatly concerns itself with education and language. It values reciprocity of learning between minority and other communities in the State. The law implicates group participation in the design of national curricula. It seeks to amplify the scope of minority language teaching on schools and ensure access to all levels of education. International standards demand respect for traditions and customs unless specific practices within them contravene human rights principles,<sup>31</sup> a determination which is not to be made lightly. The UN Declaration on Minority Rights does not «confront» cultures as if they were aberrations from nature, but will deconstruct them when the occasion demands to condemn unacceptable practices. As the Human Rights Committee reminds us, culture manifests itself in many forms,<sup>32</sup> and multiple manifestations are accommodated in one way or another by the newly installed norms. The texts have also sought to revalue community, place and individual names.<sup>33</sup> The rights also increasingly penetrate the public realm, in affirming for example the right to use a minority language before public authorities. Minority rights do not incorporate the principle of self-determination, although contemporary readings of that principle respect their participation in self-determination processes: the democratic face of self-determination, the «internal aspect» associated with human rights. Neither do minority rights appropriate the spaces of autonomy.<sup>34</sup> Autonomy is referred to in key texts such as the

---

<sup>30</sup> These *topoi* emerge and re-emerge in the instruments on minority rights—the UN Declaration on Minority Rights carries most of them.

<sup>31</sup> For some typical issues, see the *Follow - Up Report on Traditional Practices Affecting the Health of Women and Children*, Special Rapporteur Mrs. Halima Embarek Warzazi, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/10.

<sup>32</sup> Paragraph 7 of the General Comment No. 23 (1994) of the Human Rights Committee on Article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights, in UN Doc. A/49/40, Vol. I, 107-110.

<sup>33</sup> Notably Article 11 of the Framework Convention.

<sup>34</sup> H. Hannum, *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination: The Accommodation of Conflicting Rights* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1990).

CSCE/OSCE Copenhagen Document, but does not appear in the UN declaration, nor in the General Comment of the Human Rights Committee on Article 27 of the ICCPR. Autonomy is not mandated by international law as a solution to minority problems. In some areas of the world, such as Central Europe, the word «autonomy» provokes disputes among neighbours,<sup>35</sup> though no one is quite clear what it means. What governments tend to fear is the territorial variety. Picking out an autonomy as a defined area on the map can lead to new forms of sub-State recognition and thus to claims of self-determination and secession. So international law has been careful to escape such implications, refusing to translate the variety of local applications into a general mandate. The prognostications of commentators and activists of minority rights about the inevitability of the move to «group rights» have not been borne out in any dramatic fashion on the autonomy front.<sup>36</sup> Collective rights elements have insinuated themselves in more subtle ways into the corpus of human rights.

## Rights of Indigenous Peoples

There is a difference between the texts on minorities and those on indigenous peoples. Preoccupations about culture, identity, education, language, and participatory processes are mostly shared. The indigenous texts are less constrained on the collective/individual rights spectrum—inclining greatly to the former, with variable «safeguards» in the name of general human rights. For many groups—mainly but not exclusively indigenous—land is an essential part of culture. But whereas the texts of minority rights dabble in the currency of shared rights in the area of toponymy, language education, and freedom from gerrymandering which would lower possibilities of exercising political and cultural rights, the texts on indigenous peoples are replete with land rights. Many indigenous groups regard the text sections on land rights as the essence

---

<sup>35</sup> Hence the famous «1201 question» —a reference to that recommendation of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, which contained, in Article 11, a guarded affirmation of a right to autonomy. Hungarian diplomacy in particular attempted to transcribe 1201 into its bilateral treaties with neighbouring States and convert it into binding domestic law. Various strategies were adopted in the ensuing row to downgrade the importance of the recommendation.

<sup>36</sup> N. Lerner, «The Evolution of Minority Rights in International Law», in C. Brolmann et al.(eds.), *Peoples and Minorities in International Law* (Dordrecht: Kluwer, 1993), 77-101.

of their struggle for survival. As the Human Rights Committee has recognised, some groups may have no existence outside a territory.<sup>37</sup> Denial of access to such a territory, dislocation, dam-building, deforestation, logging, mining, fires and floods, may all destroy whole communities. The UN draft Declaration deploys the language of ethnocide and cultural genocide to catch the essence of such processes and phenomena in their effects on communities. And whereas minority rights do not trespass on the territory of the international law principle of self-determination, the indigenous texts do. As a collective movement, indigenous peoples have mounted a frontal challenge to the «orthodoxy» of self-determination, by questioning and subverting that concept in the name of general human rights. After all, if «all peoples» have the right of self-determination, why not indigenous peoples? They insist on the concept as the best vehicle to carry their claims and aspirations, despite the admonitions of some to let it go.<sup>38</sup> They do not generally equate self-determination with secession. Views among them vary greatly. The expression of its basis by Australia in a UN drafting exercise on indigenous rights captures the spirit of their claims:

«Australia considers that self-determination encompasses the continuing right of peoples to decide how they should be governed, the right to participate fully in the political process and the right of distinct peoples within a State to participate in decisions on, and to administer, their own affairs .... sovereign independence is not feasible for every self-defined «people» ... A concept of self-determination within existing State boundaries, involving the full observance of individual and group rights, holds out a better hope of ensuring stability, human development and human security ...».<sup>39</sup>

## A Challenge to States?

Through the 1990s the international community addressed the challenge of exploded ethnicity by depositing sheaves of documentation on the table. The instruments are not a collection of

---

<sup>37</sup> «There is no place outside the Tobique reserve where such a community exists» - Human Rights Committee in *Lovelace*, paragraph 15.

<sup>38</sup> Article 3 of the UN draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1.

<sup>39</sup> Statement of the Australian delegation to the Working Group of the Commission on Human Rights charged with the elaboration of a declaration on indigenous rights, Geneva, 21 November 1995.(on file with author)

timeless truths but have a history and reflect configurations of power. They are, like other texts, «situated». The link between the pragmatic and the humanitarian appears particularly close in the case of minority rights. Oppression of identifiable groups is visible and can engage their kinsfolk; oppression of individuals can be more like the silent operations of nature. The peculiar tension in the texts on minority rights is that they attempt to ameliorate the tensions but may also create them by rendering the groups potentially even more visible. Hence the international law of minority rights places the rights in a political setting. This explains why so many texts contain safeguards about national unity and territorial integrity. Minority rights were always «international» in their potential consequences, with a sharp political edge, spilling over State boundaries. The politics of indigenous rights are «the same but different». One of the chief characteristics of indigenous politics at the international level is self-organization. Indigenous organization was spurred on by the example of decolonization of the Empires of the West, by the civil rights struggles of the 1960s, by the Cold War with the mutual probing between East and West of internal human rights issues, by problems with the concept of development and its neglect of indigenous factors,<sup>40</sup> by an alliance (sometimes) with environmentalists,<sup>41</sup> and the growth of international human rights law including its sharp focus on racism.<sup>42</sup> The style and ethos of indigenous rights movements links in with transformations of political community at the sub-national level and has prompted them. The challenge to States is different from that posed by minorities in some respects. It is not (typically) about fears of secession (though it is also true that this appeals only to some minorities) but it is about resources and territories. The peoples have learned the language of human rights, and they are in process of adapting it through painful struggle. Indigenous peoples are empowered by rights but also transformed by them. Pristine innocence of this world seems to be an option open to very few groups.

---

<sup>40</sup> Hence the attention given by, for example, UNCED - the Rio Conference on Environment and Development to indigenous issues.

<sup>41</sup> The two viewpoints are not always in harmony: A. Gray, *Between the Spice of Life and the Melting Pot: Biodiversity, Conservation and its Impact on Indigenous Peoples* (Copenhagen: IWGIA, 1991).

<sup>42</sup> The United Nations is now into its Third Decade to Combat Racism and Racial Discrimination - the first decade was proclaimed by General Assembly resolution 3057 (XXVIII), of 2 November 1973. In addition, there have been two World Conferences to Combat Racism and Racial Discrimination, held at Geneva in 1978 and 1983.

## What Next?

The developments in minority and indigenous rights will take specific paths. For minorities and indigenous peoples, the Human Rights Committee and CERD, the Committee on the Rights of the Child, the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, and other UN treaty-bodies will continue to develop the normative content of long-established human rights. The UN Working Group on Minorities should gather momentum after a cautious start in its first three years —the Commission on Human Rights has granted the Group an open mandate. The Working Group can assist in the development of an international minority movement analogous to the international self-organization of indigenous peoples —though it may be surmised that minorities are more diverse in characteristics and aspirations than the indigenous. All branches of the United Nations will continue the process of sensitisation to ethnic issues mandated by the UN Declaration on Minorities and the World Conference on Human Rights. Phenomena of racial and religious intolerance, xenophobia and racism will continue to occupy Special Rapporteurs and other «mechanisms». At the Council of Europe, the work of the Advisory Committee under the Framework Convention should bring fresh impetus to understanding and applying minority rights in Europe (and perhaps outside since the Framework Convention is not confined to European States). The integration of such texts —and others such as the Language Charter— with general international law and human rights is the work of generations, not appropriate for soundbites or snap judgements. The standards are in place, but they do not deal adequately with some of the pressing questions of minority rights. Hence for example, the Foundation on Inter-Ethnic Relations based in The Hague has convened reflection groups of international lawyers and education and language specialists, to elaborate The Hague Recommendations on the Education Rights of National Minorities,<sup>43</sup> and the Oslo Recommendations on Linguistic Rights.<sup>44</sup> The Hague Recommendations are being processed by the UN for possible «universalization», beyond the limits of the OSCE. The ethnic dimensions of migration, transboundary co-operation, local and regional self-government, and demographics will further reveal themselves in the work of the Council of Europe and other organizations.

---

<sup>43</sup> 1997.

<sup>44</sup> 1998.

Discrimination against the Roma will not disappear but it will attract increasing international opprobrium.

For indigenous peoples, two great ambitions predominate: the adoption by the UN General Assembly of the draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, and the incorporation of the Permanent Forum for Indigenous Peoples into UN structures. The former is an extremely radical document which incorporates the claims of indigenous peoples to self-determination as well as multiple forms of autonomy and own institution control, an indigenous citizenship, extensive provisions on land and resources, and a reconsideration of the historic treaties by which domination over them was secured and protection guaranteed. States are fighting the draft tooth and nail, using some old tricks. They demand definition as the price of progress, and attempt to reduce self-determination to autonomy, accusing the indigenousness of selfish unconcern with the rights and fate of others. The governments generally pretend that international law of self-determination and human rights is fixed and immutable, or fixed and immutable enough to disallow indigenous claims particularly in the realm of collective rights. The Americas should also see their own Declaration on Indigenous Rights under the aegis of the OAS come into play before too long. Indigenous rights are written all over the international agenda at present, from the programmes of the World Bank to the development policies of European States.<sup>45</sup>

The above are imminent developments, but what of the broader agenda? There clearly needs to be further reflection and activation of the standards, and improvement of mechanisms to guarantee respect for rights. I am speaking primarily about international mechanisms. In a sense, these are supplementary to national mechanisms where the rights will touch the lives of individuals. On the other hand, many peoples are blocked at home from finding justice and reach out to the international community for redress. And monitoring by and through international organizations needs to continue, despite perceived tendencies to «nationalize» international law, and to drive justice and equity off the agenda.<sup>46</sup> There is also a need for education in tolerance

---

<sup>45</sup> The speaker is in the process of writing a book on indigenous peoples and human rights for Manchester University Press.

<sup>46</sup> P. Alston, «The Myopia of the Handmaidens: International Lawyers and Globalization», *3 EJIL* (1997), 435-48.

and intercultural respect. Minority rights depend also on the development of a vibrant democracy and civil society, respecting the rule of law. In the age of rights, there has, it has been suggested, a turn away from responsibility.<sup>47</sup> There are difficulties in locating this in the structure of international law with its generally vertical approach to responsibility, only approaching the personal in the area of war crimes and genocide. In the case of minorities, the demand for responsibility has often degenerated into a demand for loyalty.<sup>48</sup> However laudable the objective of loyalty, it is not laudable to impose extra layers of responsibility on often fragile groups. Loyalty must be earned, not demanded, and certainly not demanded as a condition for the enjoyment of fundamental rights.

It has been widely observed that sovereignty is leaking out from the State in two directions —towards supranational organizations and to sub-State or sub-national groups.<sup>49</sup> The international movement in human rights has played a critical part in these developments. Human rights are a matter of international concern. The contemporary enhancement of minority and indigenous rights are not merely a consequence of the diffusion of sovereignty, they are also a proximate cause. If government legitimacy is linked to human rights, it is also linked to the treatment of ethnic groups.<sup>50</sup> Minority and indigenous rights lead to a de-centring of loyalty away from exclusive loyalty to the State. The individual, the family, the local community, the region, the «imagined community»<sup>51</sup> of race, tribe or nation, the State, perhaps the cosmopolitan community, or just humanity at large, circle round the affections as competing foci of loyalty for many contemporary human beings. Heavy nation-building projects are not in vogue; lightness<sup>52</sup> and self-expression are in. Simple majoritarianism is not any longer regarded as the best expression of democracy. Locality and

---

<sup>47</sup> See in general S. Avineri and A. de-Shalit, *Communitarianism and Individualism* (Oxford University Press, 1992).

<sup>48</sup> P. Thornberry, *International law and the Rights of Minorities* (Oxford: Clarendon Press, 1991), *passim*.

<sup>49</sup> G.J. Simpson, «The Diffusion of Sovereignty: Self-Determination in the Post-Colonial Age», 32 *Stanford Journal of International Law*, No.2 (1996), 255-86.

<sup>50</sup> See the reflections on legitimacy in S. Marks, «The End of History? Reflections on Some International Legal Theses», 3 *EJIL* (1997), 449-77.

<sup>51</sup> B. Anderson, *Imagined Communities: Reflections on the Spread of Nationalism* (London: Verso, 1983).

<sup>52</sup> Italo Calvino, *Six Memos for the Next Millennium* (London: Vintage, 1996).

place are important, and roots, and history. Authoritarianism is to give way to dialogic communities.<sup>53</sup> But there are also counter-intuitions. Governments still largely call the shots in international organizations, however much plagued by civil society and bureaucratic pressure. They still deny the existence of minorities and indigenous peoples on their territory and get away with it. The implementation of international human rights can easily be buried in the hidden recesses of State laws and procedures. Minorities and indigenous peoples can also be selfish, and become fundamentalist. The subversive effects on the state of the politics of minority recognition can in turn subvert ethnic groups. Ethnicity and cultural authenticity do not sit easily with claims for recognition within groups —of the rights of women, of dissenters.<sup>54</sup> Ethnicity can lead to ghettos. So we speak from within some great battles for the soul of the age —an age of incomplete tendencies. It at least seems tolerably clear that human rights, while contending with other discourses, will continue as a favoured language to empower the disempowered and bridge the gap between the localities of this world, linking space and place. Minority and indigenous rights will succeed best if it becomes clearer that everyone has an interest in securing their respect, in some or other version of the common good. Perhaps something like Gramsci's pessimism of the intellect, optimism of the will, is an appropriate stance for the development of indigenous and minority rights. Whether the agenda of ethnic rights will emerge in a praxis of redemption, bringing peoples and their cultures to salvation, who knows. On this, we are more like Yeats's Caesar:

«Our master Caesar is in the tent  
Where the maps are spread,  
His eyes fixed upon nothing,  
A hand under his head.  
*Like a long-legged fly upon the stream*  
His mind moves upon silence».<sup>55</sup>

Thank you all for your attention and patience.

---

<sup>53</sup> A. Linklater, *The Transformation of Political Community* (Cambridge, Polity Press, 1998).

<sup>54</sup> M.J. Perry, *op.cit.*

<sup>55</sup> W.B. Yeats, Long-legged Fly [1939].



## Resumen

La conferencia trata de la situación de las minorías y los pueblos indígenas en las leyes internacionales. Normalmente se tiende a vincular los derechos de ambos colectivos bajo un mismo epígrafe aunque poseen características específicas. Así, mientras los textos relativos a derechos de las minorías se centran en respetos colectivos e individuales, derecho a la lengua o a la educación, los escritos de los pueblos indígenas están repletos de derechos sobre tierras. Para éstos, el derecho a la tierra es la esencia de su lucha por la supervivencia y reclaman la autodeterminación como el mejor vehículo para lograr sus aspiraciones. Por todo ello, el desarrollo de los derechos de las minorías y los pueblos indígenas han de tomar trayectorias propias.

Es de destacar los trabajos en pro de los derechos de las minorías que se están realizando dentro de las organizaciones internacionales de las Naciones Unidas, aunque algunas reivindicaciones pueden no favorecer a los pueblos indígenas. De ahí que estos pueblos tengan dos grandes ambiciones: la adopción de la Asamblea General de las Naciones Unidas del diseño de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas y la incorporación de un Foro permanente para Pueblos Indígenas dentro de las estructuras de las Naciones Unidas.

Habría pues que trabajar en el desarrollo de mecanismos internacionales que garanticen el respeto de tales derechos. «Las organizaciones internacionales necesitan continuar, a pesar de la tendencia a “nacionalizar” las leyes internacionales». Se necesita en este sentido educar en la tolerancia y respeto multicultural, ya que los derechos de la minoría dependen del desarrollo de una democracia vibrante y una sociedad civil que respete las leyes.

Parece claro que los Derechos Humanos seguirán favoreciendo el fortalecimiento de todas las localidades de este mundo, y que los derechos de las minorías y los pueblos indígenas seguirán trabajando en lograr lo mejor, siempre que se consiga de una forma más clara que cada uno tiene un interés en asegurar su respeto.



# Human Rights, Justice and Community: Dancing or Clashing Paradigms?

**por D. Tom Farer**

*Conferencia pronunciada  
el 13 de octubre de 1998*

Forum Deusto



## Human rights, justice and community\*

por D. Tom Farer\*

Perhaps the defining feature of the modern mind is its capacity for critical introspection. To paraphrase Descartes: «I doubt everything other than my ability to doubt, therefore I am modern.» But bundled along by the relentless demands of the moving present, we are usually too furiously preoccupied to exercise this capacity. Hence the virtue of that social construct, the anniversary. The act of celebration forces us to pause, to note the passage of time and to reflect on what time has wrought and what it promises.

There is something peculiarly appropriate about a Jesuit university venue for celebrating the adoption fifty years ago of the Universal Declaration on Human Rights. For the Jesuit Order stands tall among the multitudinous groups, both religious and secular, who have struggled over the intervening years to instantiate the words of the Declaration in the quiddity of everyday life. And for their efforts, the brave talented men of this Order have paid a price. In the terrible years of state terror in Latin America, roughly from 1970 to 1985, I traveled there frequently to investigate human rights violations. In my experience, no

---

\* Tom Farer es Decano de la Escuela Superior de Estudios Internacionales de la Universidad de Denver en Estados Unidos. Fue anteriormente Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como Rector de la Universidad de Nuevo México. En el gobierno de los Estados Unidos ha sido Consultor especial en el Consejo General del Departamento de Defensa y la Secretaría de Estado para Asuntos Interamericanos. Profesor en varias Universidades como Columbia, Harvard o Princeton, ha sido Senior Fellow del Consejo de Relaciones Exteriores y de la Fundación Carnegie para la Paz Internacional. Ha participado también en operaciones y resoluciones internacionales importantes. En cuanto a autor ha escrito 11 monografías y más de 70 artículos sobre derecho internacional y comparado, política exterior y derechos humanos.

group surpassed and perhaps none equaled the Jesuits in providing profound and objective assessments of the situation in various countries. For their witness on behalf of the defenseless, some of these men paid a mortal price. It is fitting that we should honor their memory by dedicating ourselves to the cause for which they were cut down in the midst of life.

Dedication means action, action informed by critical thought. And that is the virtue of celebrating the anniversary of the Universal Declaration by means of the lectures this fine university has organized. I am sure that the word lecture was intended to denote collective reflection. My task, I believe, is simply to begin the discussion, not to pontificate with a show of omniscience about matters which like most issues of policy and morality resist confident judgment much less certainty. When asked well over a year ago to choose a title, I proposed «Human Rights and Community» because I thought that it suggestively encompassed at least one of the main controversies that have attended the five-decades effort to translate the Declaration's noble claims into practical programs for enhancing liberty and equality worldwide. Indeed, one can arguably summarize many of the controversies in terms of a debate about whether single-minded pursuit of all the rights enumerated in the Declaration could threaten community and hence the material and psychological basis for human happiness and solidarity. That debate includes conflicting views about the interpretation and priority of declared rights.

I think that the original vote on the Declaration foreshadowed two clusters of controversies. You will recall that while no country formally announced its opposition, within the idiom of the United Nations and under the circumstances, the abstentions recorded by Saudi Arabia, South Africa and the core members of the Soviet Bloc evidenced rejection of some parts of the Declaration. The Saudi abstention, and arguably the South African one as well, signaled a claim for the priority of the traditional pre-modern community of faith or culture and kinship in preference to those implicated in a scheme of inalienable individual rights. The Leninist Bloc's abstention, although more ambiguous, could be construed as a claim in favor of a particular vision of social justice, one now lying ruined in the historical dustbin. While that particular vision has lost its once formidable capacity to inspire or dismay, the perception of a certain tension between human rights and justice endures in respectable circles.

Since the topic's complexity resists brevity of analysis, I decided I could on this occasion do little more than acknowledge my concern

and my intention to address it at length at some future point. I have certainly experienced that tension to which I refer, nowhere more clearly than in South Africa as that country began the transition from Afrikaner to majority rule. I happened at that time to visit the country for a series of lectures on human rights. And I discovered —among the students and somewhat older activists who had led the successful struggle, waged in the name of human rights, to smash the carapace of racist minority rule— I discovered a deep suspicion that the call for embedding human rights guarantees in a new constitution was a thinly concealed effort to protect the allocational advantages, the illicitly-secured gains of the white minority. Particularly suspect were the right to property —which appears in the Declaration but not, interestingly enough, in the Covenants— and any non-discrimination guarantees that could possibly be construed to inhibit a strong program for redistributing wealth and opportunity.

## **The metes and bounds of human rights**

In order collectively to grasp the real substance of the supposed conflicts between human rights, on the one hand, and justice and community on the other, and to appreciate their potential for reconciliation, we need a collective understanding of just what it is we mean or ought to mean when we speak in terms of human rights. What John Dunn, the eminent British political theorist has said about democracy, arguably a human right in itself, could be said about human rights as a whole. «Democratic theory, he writes,

«is the public cant of the modern world; and cant is the verbal medium of hypocrisy; and hypocrisy is the tribute which vice pays to virtue. All states today profess to be democracies because a democracy is what it is virtuous for a state to be.»<sup>1</sup>

«But,» he wryly interrogates us, «what is a democracy?» It is, he goes on to say, little more than a label states apply to themselves which, for a few of the historically literate, invokes a form of governance to be found in no modern state. Governments nevertheless apply it to themselves and their friends, he says, because

---

<sup>1</sup> John Dunn, *Western Political Theory in the Face of the Future*. (Cambridge: Cambridge University Press 1979, 1993 Canto ed.) P. 12.f

virtually all rhetorical competitors as sources of legitimacy have faded from the scene. Divorced by the nature of the modern state and the practical conditions of modern life from its classical form, democracy in contemporary discourse no longer describes something much akin to that very distinctive form of governance attempted for a brief historical moment by a few city-states settled on a marginal fragment of the Eurasian land mass. Instead it is a kind of verbal play dough which can be molded thinly around the exterior of a great diversity of political arrangements. Operationally, then, it has become all but shapeless.

Could the same be said of human rights generally? Did the term once have a substantial, irreducibly distinctive content now grown flaccid from abusive application? Or was it from the outset a collection of propositions flexible enough to conceal the widely varying conceptions of human entitlements that animated its founders? Or, a third possibility, was it simply a hypocritical statement of intentions wildly at odds with the actual practices of its many nominal supporters and generally believed by them to have little potential practical effect? And whatever the conditions of its birth, has the term evolved into a particular set of claims that ineluctably challenge contemporary practices and preferences at least in certain states and societies?

Some international lawyers claim that over the years since its adoption, the Declaration has become part of the corpus of customary international law. I myself am happy to leave that issue to learned and inconclusive contestation in the law journals of the world. What can be said without fear of error is that at the time of its adoption, no state voting in favor imagined itself to be assuming legal commitments. Since the Declaration announced standards sharply at odds with their policies and practice, above all in their vast colonial possessions, a fair number of the developed capitalist democracies had to have seen it as aspirational at best. With respect to countries like Ethiopia with its absolute monarch and Nicaragua with its Somoza family dictatorship lounging behind the facade of periodic elections, the imputation even of distant aspirations seems far fetched. If no country had abstained, one might have concluded from the motley composition of its adherents either that the words of the Declaration were almost infinitely elastic or that the regimes represented at the United Nations saw the whole exercise as an innocuous bow to standards which states or other consequential actors were unlikely ever to take very seriously. Abstention was an implicit repudiation of either conclusion. The Soviet Union, Saudi Arabia, South Africa: All seemed to agree that the Declaration could not be squared with their behavior or policies and that,



if it were endorsed unanimously, it could in some significant degree threaten their ends or means. I believe they were right.

While very few scholars claimed in the decade or so after 1948 that the Declaration either constituted or articulated legal standards, many saw it as a powerful statement of moral norms against which state behavior ought to be measured. They disagreed among themselves, however, on whether this could be said of all the rights enunciated in the Declaration or only those relating to political and civil entitlements as distinguished from economic and social ones. One of the most prominent and lucidly argued briefs in favor of a conception of human rights limited to the political and civil ones was authored by an English theorist called Maurice Cranston. What distinguishes human rights within the universe of ethical and moral discourse, he wrote, is their character as universal, categorical and imperative claims which impose corresponding duties of abstention on governments. Those claims are insensitive to context and immune to competing claims on behalf of community interests or the sum of collective happiness. And they are capable of immediate recognition and enforcement.

Only political and civil rights, Cranston argued, satisfy those defining features. Since the only duty of governments in relation to those rights is to refrain from abusive action, governments can satisfy their duty irregardless of the poverty of their resources and administrative capacities. That is clearly not the case with respect to economic and social rights. However good their intentions might be, many states lack both the resources and the competence to provide, in the words of the Declaration, «protection against unemployment» and «a standard of living adequate for the health and well-being of himself [sic] and of his family, including food, clothing, housing and medical care and the necessary social services.» Since so-called economic and social rights did not generate corollary duties which states could plausibly execute, since they in effect demanded the impossible, treating them as rights in the sense of universal and categorical and imperative claims was absurd.

Another distinguishing characteristic of true rights was their infinite availability: Religious freedom or due process for one person did not diminish the pool of religious freedom and due process available for everyone else. In other words, political and civil rights did not present issues of allocation; economic and social claims did, since they were claims concerning scarce social goods. The conceptual moral arguments and concerns voiced by Cranston and others had political

and ideological counterparts among laissez faire conservatives. To them, economic and social rights translated into massive state intervention in the economy which they opposed as a threat to civil liberties and to economic efficiency required precisely in order to enhance economic well being, or so they argued and do so to this day.

Concern about the practical consequences of translating economic and social welfare into the idiom of rights was not limited to political conservatives. Some liberals and social democrats warned against imposing rigidity on government economic policies and underscored the moral dilemma spawned by the need to save, that is to delay consumption, in order to grow. Questions of inter-generational equity, they said, were one of degree and needed to be resolved democratically. Different electorates would make different choices.

Another skeptical note on economic and social rights was sounded by some of the non-governmental organizations that gradually assumed a prominent role in the global human rights effort. Aryeh Neier, the founding director of Human Rights Watch, typified the view that treating the two sets of rights as conceptually indistinguishable and morally equivalent would impede the practical advance of the human rights movement. Being institutionally impoverished, human rights enforcement, they plausibly insisted, depended heavily on shaming, on the perception that violators were global pariahs and thus on an indisputable consensus about the substance of human rights and about their violation in particular cases. Consensus about substance was broadest with respect to political and civil rights, particularly the right to personal security. Moreover, because economic and social rights were by their nature matters of degree and, furthermore, under the terms of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, governments were obliged to do no more than realize them progressively, there would rarely be a bright line distinction between compliance and non-compliance. So allegations of violation would often be controversial. Worse yet, legitimate controversy in some cases would in a sense infect the whole field of enforcement, making the process generally seem complicated and uncertain. By concentrating on behavior that unambiguously violated the most widely conceded normative restraints on states the movement could be more effective.

Advocates like Neier were equally concerned about governments using their alleged efforts to promote economic and social rights to justify violations of political and civil ones. That concern was hardly theoretical. As human rights advocates gradually breached the first line

of rhetorical defense erected by delinquent regimes —namely that human rights was a purely internal matter at least as far as enforcement was concerned— harsh authoritarian regimes like that of the Iranian Shah, increasingly paraded their often notional campaigns against poverty to justify restrictions on civil and political rights. In short, they claimed that in the case of developing countries, individual rights not infrequently impeded the pursuit of economic and social justice and it, that is justice, enjoyed priority.

Putting aside for the moment the question of whether that claim of impediment, however disingenuous in particular instances, might sometimes have persuasive force, what I want to underscore now is the way the claim sounded by developing non-Marxist countries in the 1970s implicitly conceded the ultimate centrality of civil and political rights once countries managed to catapult themselves into the ranks of the developed. It was a kind of analogue to the Leninist vision of movement from dictatorship of the proletariat with all its necessary austerities to the final blissful stage of pure communism. If that is a fair reading of the claim, it follows that beneath their differences lay a common view of the Declaration which rendered it no less irreconcilable with traditional notions of community than Karl Marx's dreamy view of a world of infinite choice where an individual could at will be a butcher in the morning, a teacher in the afternoon and a surgeon at night. They are irreconcilable because the one thing a traditional community most certainly is not is a place marked by the celebration of individual choice, much less by the view that individuals regardless of their status, enjoy identical rights universally.

## **Human Rights and Community Solidarity**

Communities of the kind that prevailed in most of the world for almost all of human history and continue to be championed particularly by so-called «fundamentalist» groups today are static, generally hierarchical and patrimonial, ideologically homogeneous, intolerant of deviance and rigid in conceptions of loyalty and membership. Rights and obligations are a function of status. Honor means fulfilling the duties attached to your status. The conception of human rights first declared two centuries ago in the American Declaration of Independence and the French revolution's Declaration on the Rights and Duties of the Citizen from which the Universal Declaration stems was a repudiation of the world of rank and status sanctified by faith

and remains so to this day. By no plausible hermeneutical exercise can the traditional community of intolerant faith, of fixed hierarchies and furious anathemas, particularly in matters of sex and gender, and closed cerebral borders be reconciled with, for instance, Article 16's announcement that

«Men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and ... are entitled to equal rights as to marriage, during marriage and at its dissolution ... [and] marriage shall be entered into only with the free and full consent of the intending spouses . . .»

or Article 18's insistence that «Everyone has the right to freedom of ... religion [including] freedom to change his religion or belief, and freedom, either lone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in teaching, practice, worship and observance ... .»

or, as Salmon Rushdie can attest, Article 19's statement:

«Everyone has the right to freedom of opinion and expression: this right includes freedom to ... impart ... ideas through any media and regardless of frontiers.»

To repeat: the problem lies not simply in the language but in the whole animating conception of the Declaration, namely that the highest good for any organized community is defending the equal liberty of individual men and woman to acquire moral insight and elaborate their unique personalities. Neither the animating vision of the Declaration nor the text itself is a recipe for anomie or a celebration of narcissism. Having enumerated individual rights, it does, after all conclude by affirming everyone's «duties to the community in which alone the free and full development of his personality is possible. Still, in contrast to the traditional community, consecrated to the perpetuation of its unchanging self in the name of God, the Declaration's community exists for the benefit of its members as they pursue their personal visions whether of God or only their idealized self.

Contemporary Critics of a conception of rights enthroning liberal individualism and particularly of its claims to universal moral hegemony come as in the past from both the political left and right. Both see liberal societies as very thin and pointless affairs in contrast to the claimed denseness of the traditional community. By dense they refer, apparently, to the paradigm of a multiplicity of stable ties and

interdependent roles among a fixed group of people. At its core is the extended family with its members interacting in an intricate, unreflective graceful choreography of social and economic life. Everyone from the youngest to the eldest has a place with the locus of authority clearly fixed by tradition which assigns corresponding obligations, and it is a matter of honor to fulfill inherited expectations about one's performance in that place. Thickness consists of these stable interlocking roles reinforced by common ancestry, religion and custom. The order of the family ideally replicates itself in a wider world of hierarchy tempered by mutual obligation. Communitarians invidiously contrast this paradigm with the paradigm and manifest reality of liberal capitalist society where each individual is, from a communitarian perspective, an egoistic point of consciousness with often unconnected relationships radiating out rather in the fashion of spokes protruding from a hub in a broken wheel. Relationships in the home, the workplace, and the playing field will often be unrelated. One's very neighbors may be strangers. Lacking mutual reinforcement and without the density of common faith, custom and blood, relationships are relatively thin, brittle and transient.

Assuming for the moment the rough accuracy of this dichotomy and assuming, furthermore, that society can be steered toward one or the other social model, why prefer the communitarian? Its celebrants offer at least three reasons. One could be described as aesthetic, a distaste even a feeling of moral revulsion in the face of self-absorption, egoism, vanity. T.S. Elliott captured the underlying conviction in his play *Murder in the Cathedral* when he makes the protagonist realize that *choosing* martyrdom does not honor the Christian faith because it is by definition no less an act of vanity than choosing to win wealth or power. A second reason is that a communitarian society has or would have far fewer social problems such as crime, homelessness and misery in old age. And a third—sounding, paradoxically, in the tones of utilitarianism—is that the individual is happier in a stable environment with clearly-defined roles and opportunities to win respect for being, as it were, ordinary. By contrast, the person-centered society is isolating and stressful and boiling with envy.

A skeptic like myself is bound to interrogate this vision with at least four questions. One is whether in the epochs where society approximated the communitarian model it appears that people were relatively contented and life was rather serene. A second is whether there is evidence of greater happiness or less stress among people living today in traditional families and settled communities. A third is whether public policy offers a realistic means for reconstituting

communitarian society or some functional equivalent. And finally there is the question of whether the communitarians draw an accurate picture of the individual and society in the regime of liberal capitalism.

Since the communitarians' bete noir is the liberal society that developed coincident with the industrial revolution in the sphere of economy and the French and American revolutions in the sphere of politics, presumably any period before then could be deemed representative of the world communitarians invoke. However, since the generative intellectual forces from which modern liberalism stems include the high Renaissance and the Reformation, so one could argue that the rot of modernism began to set in centuries before the revolutions, in fairness to the communitarian thesis perhaps we should go back further, even to the high Middle Ages. One half of humanity, namely women, certainly had a well settled social position in Europe and it was, of course, one of institutionalized inferiority within both the family and the community irregardless of whether they lived in a village or a town. As noted in Derek Phillips' distinguished study of communitarian thought, «By law, a woman had no share whatever in the government of a town ... Whatever assets a woman brought with her to a marriage, the wife had no legal power to sell, pawn, or transfer any property without her husband's consent. She was under the guardianship of her husband, and could not draw up a contract or take a loan without his consent ... [for in respect to such activities she was classified with the deaf, the dumb and the insane].<sup>2</sup> To assume that the average woman was relatively content, of course we must first assume magnificent indifference to the raw reality of inequality.

What of their spouses, the legal superiors. What evidence do we have of their sense of well being, of relative serenity. Professor Ted Gurr of Princeton, a leading American authority on the sources and dimensions of internal conflict, has pioneered in bringing quantitative data to bear on the subject. He has compared data for homicides in England between 1250 and 1800. «These data reveal that the homicide rate in the thirteenth century was more than twice as high as it was in the sixteenth and early seventeenth centuries, and that the latter rate was five times higher than it is today. Gurr concludes that "these early estimates of homicide rates ... sketch a society in which ... interpersonal violence was a recurring fact of rural and urban life."»

---

<sup>2</sup> Derek Phillips, *Looking Backward* (Princeton: Princeton University Press, 1993) p. 109.

England was by no means peculiar in this respect. «In twelfth and thirteenth-century Siena, for instance, popular disturbances and riots led to a strict night curfew and to the creation of a large police force, with about one law-enforcement officer for every 145 inhabitants.»

Conflict was a common feature of mediaeval life not only between men, but also between families and between peasants and their lords. Referring to the village of Montailou during this same period, the great French historian LeRoy Ladurie has written that it was characterized by unending conflict. Loyalty was to house rather than village and thus «militated against the growth of a civic sense of community.» And if we take Zola's *La Terre* as a faithful reflection of 19th Century peasant society, micro-loyalties, passionate selfishness and hideous violence still marked traditional communities hundreds of years later. With respect to them, the worst we can say of the effect of the French Revolution was that it had none.

The second question concerns the hypothesized superior happiness and reduced stress and alienation of people living today in traditional communal settings. Happily this is not a matter concerning which we are reduced to mere speculation informed by dogma. Two American scholars, Alex Inkeles and David Smith, responding to the widespread belief among critics of industrialization that it disrupts basic social ties, breaks down social controls and therefore produces a train of personal disorientation, confusion and uncertainty, initiated a study of 6,000 men in six developing countries (Argentina, Chile, India, Israel, Nigeria and Bangladesh). They tested the attitudes of men who had achieved steady wage employment in urban areas with counterparts in more rural areas and they found that in general the former «felt more personally efficacious and less mentally distraught [and] were less alienated, anomic, and hostile to other groups in their society.»

«The men who were classified by us as more modern were less rather than more prone to believe that possessions insure personal happiness; they were about as likely as the more traditional to urge that old people be treated with respect and consideration; they were as much inclined as anyone else to give support to a relative in need.»

One study is hardly decisive on this point. But there are a priori reasons to find it persuasive. We are, after all, comparing two sets of people who live in societies already invested by the modern world's system of market exchange and by its ideas and products. Urban employment in the modern sector provides a village man with resources

to support his kin, to sustain religious rituals, in short as a matter of choice to sustain his cultural roots. And it liberates him from the hierarchic authority of traditional society. Unfortunately, in many countries this fully-employed man is exceptional. But the terrible trauma of those who have been urbanized without being absorbed into the modern sector is a function of economic failure not the plague of modernity.

The third question is hardly more than rhetorical. I think it is not entirely melodramatic to recall the recent effort of the Khmer Rouge to restore traditional society. Despite what might fairly be deemed extreme measures and high costs, namely the extermination of a substantial part of the national population, and working within a society that was still one of the more traditional in Asia, at least in its rural areas, they failed, although I suppose one could impute failure more to the Vietnamese intervention than to the intractable nature of the problem. Yet is it not intractable? Traditional society, like any other one, had both a structure of production and a corresponding world view. Both would probably have to change. Pol Pot appreciated that and set about logically dealing with both by trying to restore an imagined anthill life of exclusively rural and primitive cultivation and by trying as well to liquidate the literate on the assumption that they were bearers of the cultural plague of modernity. He assumed that with the plague agents removed and primitive cultivation restored, ideas would prove to be a dependent variable, that is they would acquire a form and content compatible with an isolated rural society.

One reason it is fair to invoke this extreme case is that it so nicely illustrates the policy logic and the problematique of right-wing communitarian nostalgia. The relative harmony and serenity alleged to prevail within its paradigmatic community depends, it seems to me, on its inhabitants being suffused with a sense of the naturalness, the sheer inevitability of its structures and customs. How can that sense prevail short of mass amnesia once people have witnessed other forms of social organization? Claude Levi-Strauss once compared the traditional Brazilian indian societies he studied as an anthropologist to a block of ice set in the middle of the road on a warm day. The tribe's cosmology, its totalizing explanation of the known world, the source of its sense of identity, of its coherence, could not explain the ways and views of the intruders from another world. They came like the sun and what they melted could not be restored.

Of course one might argue that there is a huge qualitative difference between the cosmology of isolated indigenous people and



communities participating in universal faiths like Islam and Christianity, only the former being by their nature and origins too inelastic and particularistic to encompass the rational processes and discoveries of science. But religious belief is only one facet of the communitarian paradigm. Belief can, of course, be reconciled with contemporary science and technology, indeed it has been: The United States is both the highest tech country in its practices and, among the Group of Seven, by far the most traditional in religion with some three quarters of the population professing belief in a God actively present in everyday life. But the communitarian community is more than a locus of faith; it is a form of social organization constituted by traditional ideas about gender roles and, more generally, hierarchy. And neither the organization nor the ideas fit with the opportunities and demands of a post-industrial, consumer-oriented society with its flexible labor markets, relentless innovation, competition for talent, and hyper-rewards for individual creativity. To impose ideas and relationships at odds with the economic structure, if it can be done at all, must be done through a high degree of coercion in part because it is struggling against the zeitgeist, in part because it will inhibit productivity, and in part because, unless all societies make a simultaneous move toward communitarianism, the porosity of borders and the global reach of media offer a ready means of exit for dissidents, among them many of the most innovative characters, and of ingress for dissident ideas. Efforts to close the borders of the community will further inhibit productivity and complicate international relations at exactly the moment in world history where the need for institutionalized transnational cooperation is increasing exponentially.

Before contemplating that course, a rational person would, among other things, assess the accuracy of the communitarian's image of the liberal community. It is filled with pathology, conflict, bitterness and anomie. The aged decay in isolation; cooperation is minimal; civic spirit is in ruins and egotism in riotous display. In my remarks about question two, I hopefully raised some doubt about the adequacy of this description applied to developing societies. How does it fit the most developed?

Rhoda Edwards, author of *Human Rights and the Search for Community*, argues that modernized societies are not bereft of community but it is community of a different sort, «an impersonal one [in the sense that it is not] restricted to known members who have thick social connections with each other. The modern community is a community of obligation to strangers as well as friends ... The citizen

joins community groups composed of people with whom she has little or not connections: She forms new associations designed to assist complete strangers ... raises funds for victims of illnesses she may never have encountered ... builds battered women's shelters even though she has never been battered; she helps refugees from places she has never visited find lawyers, housing and schools.» At the same time, traditional kinship relationships remain strong despite the fact that the market economy with its ramifying division of labor

require a degree of geographic mobility unknown to traditional society. Surveys show that relatives are endowed with «the deepest intensity and heaviest weight of all American personal relations» and that urban as well as rural Americans maintain «high levels of contact with relatives living near and far. Despite frequent allegations to the contrary, concern for children by their parents remains very high. The so-called latch-key child who returns at the end of the school day to an empty house represents a tiny fraction of the whole even in the case of mothers who work full time. In short, the pathologies of modern life are relentlessly exaggerated by the right-wing enemies of liberal, cosmopolitan society. Divorce is common, to be sure. But one reason is the legitimation and facilitation of exit for wives subject to severe abuse, an exit which under the circumstances is likely to enhance the welfare of children. Another is the increase in longevity. Today, for the first time in human history, couples are likely to live for twenty to thirty years after their children have become adults. In those cases, freedom of choice enhances the prospects of happiness without jeopardizing the preparation of children for adult life.

In developed societies, high rates of social pathology mark groups that have consistently experienced social and economic marginality as a result of their long exclusion from the majority community. In other words, the pathologies attributed by right-wing traditionalists to the ideology and practice of liberal cosmopolitans actually stem from the traditional community's instinct to guard its self-perceived homogeneity, stem, that is, from its belligerent exclusiveness. In the United States, the walls of exclusion for African-Americans were breached in the name of liberal values. But this occurred as the country left the industrial and entered the information age. Hence they gained full access to society at the very time that it was placing a premium on skills from which many had been excluded by virtue of their perceived otherness.

I do not want to paint an Elysian picture of contemporary society in developed countries. The movement from industrial to information age

is also a movement to the age of the consumer. With basic needs satisfied for most citizens of developed countries, producers are forced to induce needs, to generate unquenchable appetites. Whether the sense of diffuse social obligation and civic responsibility that has constituted community in the modern liberal state can endure the subtle relentless stimulation of the appetites, the call to hedonistic gratification, remains to be seen. Marx claimed that it was the fate of capitalism to commodify all human relationships. Up to now liberal society has eluded his prediction. Time will tell whether he was simply premature. To this point, the case for pessimism is not compelling. And one of the most powerful replications for those who morosely make it is the extraordinary ramification of human rights organizations and the emergence of human rights as a permanent item on the agenda of international security. If society were engorged with hedonistic appetites and deadened to cries for help, these things could not have occurred.

When we turn back to less economically advanced countries, the case for pessimism is very much stronger in many instances, despite my remarks above about the relative psychological well-being of men absorbed into the modern economy. The source of pessimism, however, is not the impact of liberal values but the large-scale failure of countries particularly in Africa and the Middle East to absorb more than a small fraction of their work force. A country like Algeria, where half the population is under the age of twenty-five, offers secure wage employment to perhaps one in ten of new labor-force entrants. The desperate outlook in these countries and associated horrific violence may be seen to raise questions of justice which I must address on another occasion. On this one, I want only to conclude by considering the critique of liberal society that descends from the self-defined left wing of the ideological spectrum. In the short time available, I can hardly even begin to do it full justice and I therefore offer only the most schematic description and comment in the hope that I so doing I fulfill the lecturer's role of structuring and stimulating discussion rather than issuing Pronunciamentos.

## **The Leftist critique of liberal society**

Grosso modo, the Leftist critique has three themes. One, owing its paternity to Foucault, indicts liberalism for constitutional betrayal of its liberating promises. In fact, these critics allege, it conceals behind its

gleaming facade great pockets of repression that have been exposed by heroic essays in social archeology. It subtly represses, for instance, through its definitions of deviance and, in the case of women and people of color, through its insistent distinction between the public and the private, a distinction that leaves in place established systems of subordination and violence. In other words, the liberal community is considerably less attractive by its very nature than its devotees ever admit.

For me, at least, this critique rests on an inappropriately narrow conception of the liberal paradigm as it has evolved from its origins as a critique of the pre-modern order of caste and class. Even at the outset of its bid for ideological hegemony, liberalism was about equality and fraternity as well as liberty. It was not simply a recipe for *laissez faire*, for leaving alone the pre-modern world's vast residue of inequity. As for the concrete betrayals by specific liberal capitalist states of their legitimating ideology, they are just that, betrayals, as distinguished from morbidity embedded in their very nature. Admittedly that conclusion may simply reveal my own failure to achieve an external critical perspective on liberalism. So be it.

The second theme, one particularly connected to the issue of community, constitutes an assault on the epistemology and psychology of liberalism and its claims to universal superiority as an organizing cluster of principles for communal life. Actually, as the Italian scholar, Alessandro Ferrara's notes, the assault falls on liberalism's very roots in the conception of rationality and validity associated with the Enlightenment. The assault springs from what Ferrara refers to as «the discovery of the contextuality of knowledge and normativity. Such discovery can be described as the realization that the truth of propositions or the rightness of norms can be assessed only against the background of a shared conceptual scheme and, moreover, that there exists **an irreducible plurality** of conceptual schemes.» It follows, the attacking forces announce, that the liberal claim «to generate norms, rules, institutions and principles that are «neutral» with respect to values, culture or historical situation—i.e., ones that any actor, no matter how situated, must accept as valid,» is meretricious.

Operating as a discursive strategy in the rarified circles of high scholarship, contextualism coincides, paradoxically, with two more mundane campaigns. One, on the domestic political left, often summarized as «multiculturalism», is designed to defeat the hitherto regnant policies and practices of cultural integration in the liberal

capitalist democracies. The other, on the global political right, is designed to resist pressure to conform to universal human rights norms particularly those relating to freedom of speech, religious freedom and democratic government. Precisely because contextualism offers aid and comfort, however esoteric, to publicists for Islamic fundamentalism and Asian Values, scholars who accept its basic insights but at the same time are imbued with egalitarian and liberationist instincts, such as Jurgen Habermas, have attempted to find transcultural ways of justifying the open society which are at the same time consistent with the contextualist thesis that the identity of a person as a political and social being is created within a community of language, meanings and practices. The effort continues amidst disagreement about its success within its own conceptual universe.

The contextualists—most of whom might be described as communitarians of the left—assume that globally there continue to be many diverse communities, many language games, as Wittgenstein would have put it. This has been the historical reality, but is that reality changing in the face of the unprecedented globalization of communication and the austere homogenizing demands of a globally integrated system of production? Is it not possible that a global liberal intersubjective community of value and meaning is in the process of formation, linking all those who are able to integrate into the global economy in liberating ways? As Bill Gates is reputed to have told authoritarian rulers in southeast Asia competing for investment by Microsoft and eager to become themselves centers for technological innovation, you cannot compete in the information age if you are determined to restrict the flow of information and to inhibit the inquiring mind. Alongside the dual economies of developing countries there may be growing dual communities, one of which is cosmopolitan. Perhaps, as Samuel Huntington has argued, the great political conflicts of the next century will be «civilizational» in character. If so, I believe that the lines of political fracture will not run primarily between clusters of states like those of Asia and those of the old North Atlantic civilization, but rather within them.

The task of each national state is to heal its internal divisions by fostering general participation in the wealth and opportunity generated by the extraordinary technical enhancement of productive capacity. In order to accomplish that task, however, all states will have to learn better the habits of cooperation among themselves. A global economy we have; a global community we must seek.

## Resumen

Tras hacer un breve repaso a las circunstancias que rodearon a la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, el profesor Tom Farer trata de terciar en el debate actual respecto a los derechos humanos que se está produciendo entre dos doctrinas filosóficas y políticas como son el liberalismo y el comunitarismo. Mientras que el liberalismo pone el acento fundamentalmente en el individuo, el comunitarismo, en cambio, otorga una mayor importancia a la pertenencia de los individuos a una comunidad concreta, que es la que le otorga sentido y le dota de una determinada identidad.

Desde sus comienzos, la Declaración Universal se enfrentó a problemas importantes respecto de su valor jurídico. Además de constatar que estamos ante una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, diferentes Estados cuestionaron desde el principio su pretendido valor jurídico, sobre todo en lo concerniente a los derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos, defendidos primordialmente por los Estados del bloque soviético, están condicionados por los recursos de que disponga cada Estado en cada momento, por lo que pueden ser caracterizados por las notas de gradualidad y progresividad. Incluso hoy en día se puede cuestionar la plena juridicidad de estos derechos, derechos que, en la mayor parte de las ocasiones, no son defendibles ante los tribunales.

En cuanto a la abstención de algún país respecto de la Declaración, en particular la de Arabia Saudí, responde a una concepción tradicional y premoderna de la comunidad y de los derechos humanos, frente a la concepción liberal individualista de los mismos. No obstante, aunque con algunos matices como puede ser la referencia del artículo 29 de la Declaración a los deberes que tienen el ser humano frente a la comunidad «puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad», la orientación general de la Declaración Universal se inclina hacia el individualismo liberal, teoría que es compartida por Tom Farer. Para fundamentar su preferencia por una concepción liberal de los derechos humanos, el autor va refutando diferentes argumentos aducidos por los defensores del comunitarismo. En primer lugar, Tom Farer no cree que en las sociedades estructuradas en torno a diferentes comunidades los individuos estuviesen más contentos y fueran más felices. En segundo lugar, en un mundo presidido por la globalización, no ve factible la reconstrucción de las sociedades comunitarias, como pretenden los comunitaristas. Por último, señala que el dibujo del indivi-

duo y de la sociedad en un régimen capitalista liberal que llevan a cabo los comunitaristas no es adecuado y les hace llegar a diagnósticos equivocados. Por lo tanto, opta decididamente por una interpretación liberal de los derechos humanos en las sociedades actuales, al menos en las desarrolladas.





# La aportación de las Naciones Unidas a la internacionalización del derecho a la justicia

por **Dña. Victoria Abellán**

*Conferencia pronunciada  
el 27 de octubre de 1998*

Forum Deusto



## La aportación de las NU a la internacionalización del derecho a la justicia<sup>1</sup>

por Dña. Victoria Abellán Honrubia\*

Mis primeras palabras quiero que sean para expresar mi agradecimiento al Forum Deusto, en la persona de su presidente, el profesor Alejandro Martínez Chaterina, y al profesor Jaime Oraá Oraá, director del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, que han tenido la deferencia de invitarme a participar en este ciclo de conferencias, junto a tan prestigiosos ponentes.

También quiero decirles a Uds. que me siento muy honrada por su presencia en este acto, y que es un placer para mí poder compartir con Uds. mis reflexiones sobre los Derechos Humanos. Concretamente sobre «la aportación de las NU a la internacionalización del derecho a la justicia» que es el título de mi conferencia.

Pero antes de entrar en materia quiero hacer dos precisiones a fin de aclarar, desde el principio, cuál es el sentido que doy a ese título: la primera, es que bajo la expresión «derecho a la justicia» no me refiero

---

<sup>1</sup> Transcripción de la versión oral de la conferencia impartida el 27-10-98. En esta conferencia se reproducen, en parte, ideas e informaciones contenidas en otros trabajos de la autora publicados con anterioridad.

\* Victoria Abellán es Catedrática de Derecho Internacional Público de la Universidad de Barcelona. Es además titular de la Cátedra Jean Monnet y Directora del Departamento de Derecho y Economía Internacionales de la Universidad de Barcelona. Su vida académica se ha desarrollado fundamentalmente en esta Universidad, en la que ha sido Vice-Rectora del año 79 al 81 y Presidenta de la División de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales entre los años 85 y 89. Entre los años 91 al 96 fue Presidenta del Instituto de Derechos Humanos de Cataluña, y todavía hoy y desde 1982 es Miembro del Tribunal Permanente de los Pueblos. Bajo su dirección se lleva la Biblioteca Depositaria de las Naciones Unidas de la Universidad de Barcelona. Tiene muchísimas publicaciones en materia de derecho internacional público y privado, y derecho comunitario europeo.

a la justicia material, sino al derecho a la justicia en tanto que derecho instrumental; esto es, el derecho a que se establezcan y funcionen mecanismos jurídicos que garanticen la salvaguarda y el ejercicio efectivo de los Derechos Humanos; y la segunda precisión es que, dado mi oficio, estas reflexiones las hago desde la perspectiva jurídica internacional.

De modo que el objeto de mi exposición es plantear en qué medida el derecho a la justicia, así entendido, es reconocido internacionalmente como un derecho humano fundamental, y qué consecuencias conlleva para el orden jurídico internacional. Dentro de estas coordenadas limito mi exposición al ámbito de las Naciones Unidas, desarrollándola en torno a tres puntos:

- I. La Declaración Universal de Derechos Humanos y la internacionalización del Derecho a la justicia.
- II. La dimensión internacional de las violaciones del Derecho a la justicia.
- III. La acción de las Naciones Unidas en pro del Derecho a la justicia.

## I. **La Declaración de los Derechos Humanos y el Derecho a la justicia**

Hace cincuenta años, la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por la Asamblea General de las NU significó un paso ideológico importante en el ámbito internacional: por primera vez en la historia los representantes de la mayoría de los Estados elaboraron y aprobaron un catálogo de derechos y libertades fundamentales del hombre; por primera vez en las relaciones entre Estados se elabora un texto internacional que servirá para forjar un acuerdo común sobre los contenidos de la «dignidad humana y el valor de la persona humana».

Esta Declaración no supuso, sin embargo, ningún cambio conceptual ni de contenido de los Derechos Humanos; en ella se incluyen los derechos civiles, políticos, económicos sociales y culturales reconocidos en las constituciones estatales, y cuyo ejercicio y protección sigue situándose en el ámbito estatal. La novedad de la Declaración, consiste precisamente en incluir en el ámbito jurídico internacional la consideración de unos derechos cuya realización y garantía corresponde a los ordenamientos jurídicos de los Estados. Es el primer paso hacia «la internacionalización de los Derechos Humanos».

Hay dos aspectos que me interesa destacar de la Declaración:

En primer lugar, la lectura de la Declaración nos permite afirmar que la formulación de los Derechos en ella contenidos tiene como presupuesto necesario la existencia de una sociedad democrática. Así, tanto del preámbulo de la Declaración como de su art. 29 puede deducirse el reconocimiento expreso de que «es esencial que los Derechos Humanos sean protegidos en un régimen de derecho en una sociedad democrática». Se trata como diría Rene Casin, de «una Declaración que, aun reconociendo el predominio de la ley sobre la acción arbitraria, propone afirmar que la ley no puede tener otra fuente que la voluntad popular».

En segundo lugar, hay que destacar que la Declaración —coherente con esta filosofía— incluye en su articulado las garantías jurídicas y procesales del Estado de Derecho. Concretamente en sus arts. 8 a 11 reconocen expresamente: el derecho a un recurso efectivo ante tribunales competentes; el derecho a ser oído públicamente ante un tribunal independiente e imparcial; el derecho a la presunción de inocencia mientras no se demuestre la culpabilidad y el derecho a un juicio donde se aseguren todas las garantías a la defensa.

Y es a partir de estas coordenadas —sociedad democrática y Estado de derecho— cómo la Declaración introduce en el orden jurídico internacional, el derecho a la justicia. Idea que paso a exponer brevemente.

En efecto, la inclusión en la Declaración de las garantías jurídicas y procesales contenidas en sus arts. 8 a 11, tiene una significación especial: ya que la Declaración formula esta garantía en términos de derechos subjetivos «toda persona tiene derecho», y en el contexto de la internacionalización de los Derechos Humanos.

Esto significa, elevar las garantías jurídicas y procesales propias del derecho estatal, a la categoría de Derechos Humanos internacionalmente reconocidos. O dicho de otro modo: significa que el acceso a la administración de justicia como conjunto de garantías jurídicas internas para la salvaguarda de los derechos y libertades fundamentales, se convierte en un derecho internacionalmente reconocido como Derecho Humano fundamental: el Derecho a la justicia.

Este Derecho a la justicia reconocido en la Declaración, ha sido posteriormente reafirmado en el pacto de Derechos civiles y políticos adoptado por la Asamblea General en 1966, y reiterado insistentemente por la práctica de las NU, en particular en el seno de la Comisión de Derechos Humanos. Lo que en mi opinión, nos lleva a una primera afirma-

ción: y es que, en la actualidad el Derecho a la justicia así formulado, ha pasado a formar parte del Derecho Internacional general en tanto que integrante de los principios generales del Derecho reconocidos in foro doméstico y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Pero además, hay que tener en cuenta que la peculiaridad de la internacionalización del Derecho a la justicia viene dado por el hecho de que este Derecho a la justicia no sólo afecta a «toda persona» que es su titular, sino que compromete directamente la organización interna del Estado y el funcionamiento de su propia administración de justicia; esto es, la internacionalización del Derecho a la justicia, supone la incorporación al ordenamiento jurídico internacional de un derecho humano fundamental cuya realización y contenido son tributarias en gran medida de la administración y organización interna del Estado.

Lo que nos lleva a formular una segunda afirmación, impuesta por la propia lógica jurídica, y es que la organización y funcionamiento de las instituciones estatales de administración de justicia —en la medida en que configuran el contenido mismo de un derecho humano internacionalmente reconocido— no puede ser competencia exclusiva del Estado. En este punto, la soberanía del Estado tiene un límite que le viene impuesto por el propio Derecho Internacional de los Derechos Humanos; límite que se sitúa en la obligación internacional del Estado de asegurar la existencia y funcionamiento de las garantías jurídicas y procesales internacionalmente reconocidas como integrantes del Derecho a la justicia.

Quiero señalar que las afirmaciones anteriores no son una mera elucubración teórica deducida de los artículos de la Declaración Universal y del Pacto de Derechos civiles y políticos, sino que se apoyan en la práctica seguida por las Naciones Unidas en el desempeño de su función de protección y promoción de los Derechos Humanos; y que es a partir de esta práctica, cómo a nivel de las Naciones Unidas se han conformado una serie de criterios sobre los mínimos que la organización del Estado y las garantías jurídicas y procesales de su ordenamiento interno, deben cumplir para ajustarse a las exigencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Recapitulando lo hasta ahora dicho, sí el Derecho a la justicia es un derecho humano internacionalmente reconocido y su ejercicio compromete la organización misma del Estado, la cuestión inmediata que se plantea es hasta qué punto y en qué supuestos la violación del Derecho a la justicia por los Estados es también un problema de alcance internacional. Paso con este interrogante a la segunda parte de mi exposición.

## II. La dimensión internacional de la violación del Derecho a la justicia

Dentro de los procedimientos seguidos en las Naciones Unidas para investigar las violaciones de los derechos humanos, quizás uno de los pasos más significativos fue la distinción efectuada en la Comisión de Derechos Humanos entre violaciones de los derechos humanos cuando se producen de forma aislada e individualizada, y aquellas «situaciones que revelan un cuadro persistente de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de los derechos humanos y las libertades fundamentales». A partir de esta distinción, cuyo origen se encuentra en la Res. 1235(XLII) del Consejo Económico Social de 1967, se acuña el concepto de «violaciones graves, masivas y sistemáticas de los Derechos Humanos», como una noción cuyas consecuencias superan el ámbito meramente estatal para convertirse en un problema de dimensión internacional.

Por lo que se refiere al Derecho a la justicia su violación puede ser individualizada y referida a supuestos aislados, pero también cabe considerar como noción específica «las situaciones que revelan un cuadro persistente de violación del Derecho a la justicia». Es esta noción de violación del derecho a la justicia lo que aquí nos interesa, dada su trascendencia internacional y la gravedad que reviste cuando la misma afecta a los derechos humanos fundamentales.

En este sentido, me voy a referir a dos situaciones alarmantes a nivel internacional: la denegación generalizada y permanente de justicia, de quienes son víctimas de violaciones graves, masivas y sistemáticas de los Derechos Humanos; y la impunidad de los autores, cómplices o encubridores de violaciones graves, masivas y sistemáticas de Derechos Humanos fundamentales.

### a) *Denegación generalizada y permanente de justicia*

Dado el contenido del derecho a la justicia, sus violaciones son atribuibles en todo caso a los funcionarios o a los poderes públicos del Estado y pueden consistir conforme a los términos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en:

- inexistencia o negación de un recurso efectivo ante los tribunales frente a actos que violen los derechos fundamentales.
- la detención o prisión o destierro arbitrarios.

- la falta de independencia o imparcialidad de los órganos encargados de la administración de justicia.
- la ausencia de juicio público donde se aseguren todas las garantías de la defensa.

Pero cuando se trata de un «cuadro persistente de violación del derecho a la justicia» es frecuente que sea la propia concepción y organización del Estado la que intrínsecamente lleva a la negación de ese derecho; y que las violaciones más graves del mismo prevengan, precisamente de la inexistencia o la perversión de los mecanismos estatales de protección de los Derechos y libertades fundamentales. Concretamente podrían señalarse como manifestaciones de este cuadro persistente de violación del Derecho a la justicia:

- la instauración de regímenes militares de carácter dictatorial, o la implantación de regímenes permanentes de excepción, por cuanto implican, —como forma de organización del Estado— una concentración de poderes incompatible con las garantías de control necesarias para la administración de justicia.
- la ausencia de garantías en la detención o prisión, en cuanto atenta gravemente a la libertad personal y la seguridad jurídica. Piénsese que, una de las figuras más graves de la violación de los Derechos Humanos, la desaparición forzada de personas llevada a cabo por, o con la connivencia de los poderes públicos, encuentra su origen en la ausencia de dichas garantías.
- la inhibición de los Tribunales de justicia ordinarios para conocer de demandas sobre violaciones de Derechos Humanos por motivos políticos, por cuanto supone la negación a un recurso efectivo frente a tales violaciones. En este sentido es significativa la actitud de los tribunales chilenos con posterioridad a septiembre de 1973: de 5.000 recursos de amparo presentados entre esa fecha y 1979, sólo se otorgaron cuatro, y de las quinientas causas criminales que se incoaron relativas a la desaparición de personas detenidas, en ninguna de ellas se aclaró la suerte que había corrido la víctima ni a qué responsable se había castigado<sup>2</sup>.

Cualquiera de estas formas de violación del derecho a la justicia puede conducir a supuestos de indefensión de los individuos frente a

---

<sup>2</sup> Informe de ECOSOC. *Protección de los Derechos Humanos en Chile*. Doc. A/34/583/Add.1, p. 99 y Doc. E/CN.4/1365, p. 38.



violaciones de sus derechos fundamentales. Pero cuando todas estas formas de violación confluyen en un mismo régimen político [como ha sucedido en gran número de países de América Latina, en épocas no muy lejanas] se configura una situación generalizada de indefensión de la sociedad civil frente a los poderes públicos. Así prácticas como la tortura, o las ejecuciones extrajudiciales y sumarias, pueden generalizarse, precisamente, por la inexistencia o ineficacia de los mecanismos jurídicos de garantía.

La dimensión internacional de estas violaciones del Derecho a la justicia, era ya puesta de manifiesto por ERMACORA en 1979 al afirmar que «el gobierno de Chile es responsable de conformidad con el Derecho Internacional de la suerte de 600 personas desaparecidas, por lo menos, cuyos derechos básicos como seres humanos fueron infringidos y violados» y que «el gobierno de Chile tiene el deber de explicar y aclarar a la comunidad internacional la suerte de estas personas desaparecidas»<sup>3</sup>. Actualmente son reveladores del alcance internacional de la denegación de justicia algunos datos sobre la desaparición forzosa de personas tomados del informe de las NU de 1998; así, sólo los casos de desaparición de personas denunciados al grupo de trabajo de las NU, ascienden a casi 50.000, afectando de forma alarmante a países como Argentina, Colombia, Guatemala o Perú, con cifras superiores a 3.000 denuncias, Irak con 16.498, o Sri Lanka con 12.208<sup>4</sup>.

Magnitudes y datos cuya incidencia internacional, nos lleva a afirmar que la conducta del Estado consistente en obstaculizar, impedir, o pervertir el funcionamiento de las instituciones encargadas de la administración de justicia, cuando las mismas son requeridas para conocer los hechos constitutivos de violación de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado, y constituye un delito que, en determinadas circunstancias podría ser calificado de «crimen internacional».

---

<sup>3</sup> Informe del Experto sobre la suerte de las personas desaparecidas en Chile. Conclusiones. Naciones Unidas. Doc. A/34/583 Add. 1, p. 96.

<sup>4</sup> Informe del Grupo de Trabajo sobre Desaparecidos forzados o involuntarios, 12-enero-1998. Doc. E/CN.4/1998/43. Anexo II, p. 89-90. Otras prácticas instituidas y legalizadas por el gobierno como *los tribunales sin rostro* en Perú, son en sí mismas un atentado al principio de independencia e imparcialidad del poder judicial. [Vid. Doc. E/CN.4/1998/39. Add.1. Informe relator Param Cumaraswamy sobre la misión especial en Perú].

Hasta aquí hemos puesto el acento en la denegación de justicia a las víctimas de las violaciones de los Derechos Humanos; es el momento de abordar la situación de impunidad de quienes directa o indirectamente perpetran esas violaciones de Derechos Humanos, y que viene a ser la otra cara o el reverso de la denegación de justicia.

b) *La impunidad de las violaciones graves, masivas y sistemáticas de los Derechos Humanos*

Por lo que respecta a la situación de impunidad, me interesa desde ahora hacer dos precisiones: en primer lugar, que la misma se da no sólo en países donde existen violaciones sistemáticas de los derechos humanos fundamentales, sino que persiste en países donde tal cuadro de violación ha sido erradicado; en segundo lugar, que la situación de impunidad no se circunscribe sólo a regímenes políticos autoritarios, sino que alcanza también a regímenes democráticos.

La extensión de la impunidad a nivel internacional resulta patente en los datos contenidos en el último informe NU sobre desapariciones forzadas. Así, entre 1980 y 1997 de los 47.758 casos sobre los que se ha solicitado información de los gobiernos, no llegan a 2.000 los que se han aclarado; y en la actualidad son 63 los países con casos pendiente de respuesta<sup>5</sup>. Datos semejantes se encuentran en supuestos de ejecuciones extrajudiciales o de tortura<sup>6</sup>.

Esta impunidad, no sólo se debe a factores de hecho (obstrucción o no colaboración con los Tribunales de justicia), sino que con frecuencia se articula a través del derecho. Los mecanismos jurídicos más denunciados al respecto, son los tribunales militares, la proliferación de instituciones públicas competente en materia de Derechos Humanos, la promulgación de leyes de amnistía.

Así, el relator especial Amos Wako en su informe de 1992 sobre ejecuciones extrajudiciales sumarias y arbitrarias, recoge la afirmación en relación a Perú de que «los miembros de las fuerzas armadas habían gozado de casi total impunidad, puesto que la competencia en caso de

---

<sup>5</sup> Doc. cit. E/CN.4/1998/43. Anexo II.

<sup>6</sup> Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. Informe relator especial Bacre Waly Nadiaye de 23-12-1997. Doc. E/CN.4/1998/68, pf. 27 a 29.

violación de los Derechos Humanos, seguía siendo reclamada y ejercida por los Tribunales militares»<sup>7</sup>.

Junto a ello y, paradójicamente, otro mecanismo de impunidad es la proliferación de instituciones públicas competentes en materia de Derechos Humanos en la medida en que las mismas, más que investigar y aclarar, tienen por efecto dilatar la investigación y diluir las responsabilidades. Así, en Colombia, además de la Procuraduría delegada para los Derechos Humanos con facultades para investigar las violaciones cometidas por los funcionarios públicos, existen la procuraduría especial para las fuerzas armadas; la procuraduría especial para la policía; e incluso, si ésta actúa como policía judicial, la investigación sobre la violación de los Derechos Humanos correrá a cargo de la Procuraduría para la policía judicial. Investigaciones que, en su caso, conocerán los tribunales militares competentes, cerrando así el círculo de la impunidad<sup>8</sup>. Exponente de la situación de impunidad en este país son los datos contenidos en el informe del relator especial Sr. Param Cumaraswamy, según el cual «en octubre de 1996 se informó que la tasa de impunidad era superior al 99,5 %; se investigaba apenas el 20 % de los delitos cometidos, y en sólo el 5 % de estos casos el Fiscal General había requerido instrucción sumaria ... Fuentes oficiales indicaron que a fines de 1997, estaban pendientes de ejecución 214.907 órdenes de detención ... Pero la jurisdicción militar es una de las razones principales de la impunidad en Colombia»<sup>9</sup>.

Una atención especial merecen las leyes de amnistía. Es frecuente la adopción de estas leyes con distintas finalidades: unas se enmarcan dentro de la estrategia de lucha contra la guerrilla (así, los Decretos leyes de 24 y 27 de mayo de 1982 en Guatemala), otras las denominadas de «autoamnistía» han sido promulgadas por las juntas militares en el poder en beneficio propio (Decreto ley chileno de 18 de abril de 1978; ley de pacificación de 25 de septiembre de 1983 promulgada por la junta militar argentina); otras, en fin, se justifican en aras de consolidar la democracia o de conseguir la reconciliación nacional (Ley de caducidad, promulgada en Uruguay el 22 de diciembre de 1986; las le-

---

<sup>7</sup> Ejecuciones sumarias o arbitrarias. Décimo informe del relator especial Amos Wako. Doc. E/CN.4/1992/30, de 31-enero-1992, pf. 451.

<sup>8</sup> Vid. Andreu, F. *Sistema judicial y Derechos Humanos en Colombia*. Bogotá: Comisión Andina de juristas. Sección el Colombia, 1992. p. 225 y ss.

<sup>9</sup> Informe del relator especial encargado de la cuestión de la independencia de los jueces y abogados Sr. Param Cumaraswamy. Adición. Informe de la misión a Colombia. Doc. E/CN.4/1998/39/Add.2, de 30 marzo 1998, pf. 126, 127 y 130.

yes argentinas de punto final de 24 de diciembre de 1986, y de obediencia debida de 8 de junio de 1987).

Aunque los motivos sean distintos, todas ellas conducen al mismo resultado: la renuncia del Estado a ejercer cualquier acción penal por los delitos de violación de los Derechos Humanos cometidos por las fuerzas armadas, o la policía en el ejercicio de sus funciones; así como impedir la investigación y enjuiciamiento de tales hechos delictivos.

Es significativo al respecto el informe de 1993 del grupo de trabajo sobre desapariciones forzosas, al referirse a Argentina, según el cual «en virtud de diversas leyes de amnistía dictadas por los gobiernos constitucionales, y como resultado del indulto concedido en diciembre de 1990 a los miembros de las juntas militares responsables de las desapariciones, el gobierno había consagrado la impunidad total»<sup>10</sup>.

Ante este cuadro persistente de violaciones graves del Derecho a la justicia y su generalización a nivel internacional, es obligado referirnos ahora a la labor llevada a cabo por las NU en aras de promover y garantizar el derecho a la justicia. Abordo así, el III y último punto de mi exposición.

### **III. La acción de las NU en pro del Derecho a la justicia**

Para referirnos a la acción de las Naciones Unidas en pro del Derecho a la justicia, creo conveniente abordar de forma separada dos aspectos distintos pero complementarios: uno, relativo a las medidas adoptadas por las NU para incidir en la organización de la administración de justicia en el interior de los Estados, consistentes en promover el establecimiento o fortalecimiento de mecanismos jurídicos que garanticen el efectivo ejercicio de los Derechos y libertades fundamentales; tarea llevada a cabo, fundamentalmente en el seno de la Comisión de Derechos Humanos y el Consejo Económico y Social. Otro aspecto es el relacionado con las medidas tendentes a asegurar, a nivel internacional, el enjuiciamiento y castigo de quienes han cometido o participado en la comisión de ciertas violaciones graves de los Derechos Humanos calificadas como crimen internacional; tarea llevada a cabo fundamentalmente por la Asamblea General, la Comisión de Derecho Internacional, y de forma excepcional por el Consejo de Seguridad.

---

<sup>10</sup> Grupo de trabajo sobre desapariciones forzosas. 1993. Doc. E/CN.4/1993/25, pf. 25.

a) *La promoción de garantías jurídicas internas para la protección de los Derechos Humanos*

La percepción de la situación de denegación generalizada del derecho a la justicia y de impunidad se ha evidenciado sobre todo en el ámbito de competencia de la «Subcomisión de Minorías» y la Comisión de Derechos Humanos, al examinar cuestiones tales como la desaparición forzosa de personas, la violación de los derechos de las personas sometidas a cualquier clase de detención o prisión, o la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, ya que en el origen de todas estas violaciones aparece clara la ausencia o perversión de las garantías jurídicas de la defensa y del acceso a los tribunales. En estos supuestos, los órganos competentes de las NU encargados de la investigación —relator especial, grupos de trabajo— han entrado en el examen de la propia organización de los Estados implicados, con objeto de determinar la relación existente entre la concepción y funcionamiento de las instituciones estatales y la situación de violación de los Derechos humanos y libertades fundamentales.

A partir de estas investigaciones, tanto la Asamblea General de las NU, como el Consejo Económico Social y bajo su autoridad la Comisión de Derechos Humanos, han adoptado resoluciones, promovido estudios y realizado informes referidos a las garantías jurídicas internas de protección de los derechos fundamentales. Entre los resultados más significativos hay que hacer mención expresa de la adopción de: el conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (adoptado por la Asamblea General en su res. 45/173 de 1988); el código de conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (adoptado en 1979 por res. 34/169 de la Asamblea General); y, los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, confirmados en 1985 por la Asamblea General en las res. 32 y 146 de su 40 período de sesiones.

No es el momento de entrar en el contenido de estos textos, ni en un estudio de la actividad de las NU en estos ámbitos, pero sí cabe deducir que, tratándose de violaciones permanentes del derecho a la justicia, la acción de las NU se orienta hacia un reforzamiento internacional de las garantías jurídicas y procesales de los sistemas estatales de administración de justicia. Es decir, el derecho a la justicia se consolida internacionalmente a través de las NU, mediante la formulación de un «standard mínimo» internacional de garantías jurídicas estatales para la salvaguarda de los derechos humanos. Estándar mínimo que de forma

específica afecta a la organización y funcionamiento de la administración de justicia en el ordenamiento estatal.

Junto a ello, también ha sido objeto de atención de la Comisión de Derechos Humanos, el efecto que las leyes de amnistía tienen sobre los derechos humanos y el derecho a la justicia. Ya en 1985 el relator especial Sr. Joinet opinaba que: «Tratándose de torturas, desapariciones involuntarias o forzosas, o de ejecuciones extrajudiciales, el atentado a la condición humana es tal que el derecho al olvido amenaza con transformarse en derecho a la impunidad»<sup>11</sup>.

En el mismo sentido, y de forma muy clara se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos (órgano encargado del control de la aplicación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos). Así, en 1994 en sus observaciones en referencia a la Comunicación Hugo-Rodríguez contra Uruguay, el Comité declara que: «la llamada ley de caducidad infringe las disposiciones del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ya que impide que el Estado cumpla su obligación de facilitar un recurso efectivo a las víctimas de esas violaciones»; y en su informe de 1994 a la Asamblea General, el Comité recomienda a El Salvador que modifique o deroga la ley de amnistía, ya que en su opinión «la ley de amnistía promulgada en El Salvador supone una clara contravención del art. 2, pf. 3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, al impedir el enjuiciamiento y castigo de los individuos responsables, la concesión de una indemnización a las víctimas o sus familiares ...»<sup>12</sup>. También en el informe de 1995, el Comité de Derechos Humanos insiste, esta vez refiriéndose a Argentina, en que: «no es admisible, de acuerdo con las obligaciones internacionales asumidas por Argentina, la promulgación de leyes que han impedido todo procedimiento judicial contra los responsables de violaciones de los Derechos Humanos».

Una línea de razonamiento semejante, ha sido seguida también en el seno de la Comisión de Derechos Humanos por otros relatores especiales, entre ellos el Sr. Rodley relator especial sobre la tortura. En su informe de 1996 señala: «en cuanto a la amnistía, tanto conforme al Derecho Internacional general, como a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, los Estados es-

---

<sup>11</sup> Estudio sobre las leyes de amnistía y el papel que desempeñan en la salvaguarda y la promoción de los derechos humanos. Informe del relator especial Louis Joinet 21-junio-1985. Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/16, pf. 72.

<sup>12</sup> *Vid.* Informe del Comité de Derechos Humanos a la Asamblea General en su cuadragésimo noveno período de sesiones. Doc. A/49/40. Vol. I, p. 40-41.

tán obligados a investigar las denuncias de tortura, asegurar que los perpetradores comparezcan ante la justicia, y facilitar la reparación incluida la indemnización a las víctimas»; razonamiento que reitera ese mismo año en el informe sobre su visita a Chile, donde deja claro que: «la impunidad sigue siendo la regla general para los autores de violaciones de Derechos Humanos durante la dictadura militar chilena»<sup>13</sup>.

Es decir, conforme a la práctica de las NU, podemos afirmar que, cuando se trata de violaciones masivas y sistemáticas de los Derechos Humanos, las leyes de amnistía son contrarias al Derecho Internacional y constituyen, en sí mismas, una violación del derecho a la justicia internacionalmente reconocido como un Derecho Humano. Y ello, por cuanto que las mismas consagran una situación generalizada de impunidad para los autores, y de indefensión para las víctimas y sus familiares.

Señalados así los datos más significativos de la acción de las NU para promover el derecho a la justicia en el interior de los Estados, paso a referirme a las medidas dirigidas a todos los Estados, en cuanto miembros de la Comunidad Internacional, y cuyo objetivo es evitar la impunidad de ciertas violaciones masivas y sistemáticas de los Derechos Humanos calificados como «crímenes internacionales».

b) *Medidas tendentes a asegurar, a nivel internacional, el enjuiciamiento y castigo de los responsables de violaciones graves y masivas de los Derechos Humanos*

Un aspecto distinto de la acción de las NU a favor del derecho a la justicia, es el promovido por la Asamblea General y la Comisión de Derecho Internacional. Se trata de establecer a nivel internacional, los mecanismos para que el derecho a la justicia se haga efectivo, cuando por su naturaleza, la violación de Derechos Humanos puede considerarse como un crimen internacional. La acción de las NU en este sentido se ha desarrollado en torno a tres núcleos de interés que paso a reseñar muy brevemente.

—En primer lugar, la tipificación de los crímenes de Derecho Internacional: acción que ha constituido una constante en las tareas de la Asamblea General, desde que confirmara en 1946 los

---

<sup>13</sup> Informe del relator especial. 1996. Doc. E/CN.4/1996/35, p. 32-33.

principios de Derecho Internacional reconocidos en el Estatuto y la Sentencia del Tribunal de Nuremberg. Así, podemos recordar la adopción por la Asamblea General de la Convención para la prevención y la sanción del Delito de Genocidio (adoptada por res. 260A(III) de 9-12-1948), la Convención internacional sobre la represión y castigo del crimen de apartheid (adoptada por Res. 3068(XXVIII) de 30-noviembre-1973), el Convenio contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (adoptado por Res. 39/46 el 10 diciembre 1994) o el Proyecto de Código de delitos contra la paz y la Seguridad de la Humanidad, elaborado en el seno de la Comisión de Derecho Internacional y aprobado en 1996.

- En segundo lugar, las medidas tendentes a promover el principio de jurisdicción universal y la cooperación entre Estados para el enjuiciamiento y castigo de los culpables de estos crímenes. Entre estas medidas, las más significativas son: la ampliación de la competencia de los tribunales estatales para el enjuiciamiento y castigo del apartheid, o la tortura, prevista en las Convenciones adoptadas por las NU en relación a estas materias; la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad (adoptada por res. 2391(XXIII) AG de 26-11-1968) y los principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad (adoptados por res. 3074 (XXVII) AG. de 3 diciembre 1973).

A través de estos instrumentos, no sólo se amplía la competencia de los tribunales estatales sino que se organiza un sistema de cooperación entre Estados que excluye la posibilidad de conceder asilo territorial a los presuntos culpables, así como la de denegar la extradición invocando el carácter político de los crímenes perpetrados.

- Finalmente, y en tercer lugar, hay que hacer mención expresa al importante papel desempeñado por las NU, a través de la Comisión de Derecho Internacional, para la creación del Tribunal Penal Internacional como jurisdicción internacional para juzgar a los responsables de cometer crímenes internacionales, y evitar que estos comportamientos queden impunes; así como la creación por el Consejo de Seguridad de los tribunales para la antigua Yugoslavia, y para Rwanda. Cuestión que ha sido objeto de una ponencia específica en el marco de este ciclo, impartida por el prof. Alain Pellet, miembro de la Comisión de Derecho Inter-



nacional y a la que me remito. Remisión con la que doy por finalizada la información general que quería transmitirles sobre las distintas medidas adoptadas por las Naciones Unidas en aras de promover el derecho a la justicia.

Al principio de mi exposición, les decía que mi objetivo era examinar cuál había sido la aportación de las NU a la internacionalización del Derecho a la justicia, y cuál su incidencia en el ordenamiento jurídico internacional.

Permítanme Vds. que retome ahora esta cuestión para cerrar estas reflexiones con las siguientes consideraciones finales .

Por lo que se refiere a las aportaciones de las NU a la internacionalización del Derecho a la justicia pueden concretarse en:

1. La consideración del Derecho a la justicia como un Derecho Humano internacionalmente reconocido; y la creación de instancias para la denuncia, investigación y publicidad de los supuestos de violaciones graves de este derecho con amplia trascendencia internacional, tales como las situaciones generalizadas de impunidad o de denegación permanente de justicia.
2. La elaboración de principios y criterios sobre los estándares internacionales que los Estados deben asegurar en la organización y funcionamiento de sus instituciones de administración de justicia, a fin de que se garanticen los derechos humanos fundamentales.
3. La elaboración de un entramado de medidas e instituciones internacionales tendentes a organizar la cooperación internacional para prevenir la impunidad en supuestos de violaciones graves, masivas y sistemáticas de los Derechos Humanos fundamentales.

En cuanto a la incidencia de esta práctica de las NU, en el Derecho Internacional, la misma nos lleva a dos conclusiones generales que son:

Primera: el reconocimiento internacional del Derecho a la justicia como Derecho Humano, conlleva la obligación de los Estados de organizar sus instituciones de administración de justicia de conformidad con el contenido de dicho derecho. Lo que significa que las poderes discrecionales del Estado vienen limitados por el Derecho Internacional en el doble sentido de: a) la exigencia de que la administración de justicia incluya y asegure el funcionamiento efectivo de las garantías jurídicas de

defensa y salvaguarda de los Derechos Humanos fundamentales; y, b) por la exigencia de excluir del ámbito de aplicación personal y material de las leyes de amnistía a los autores, inductores, cómplices y encubridores de violaciones graves, masivas y sistemáticas de los derechos Humanos.

Segunda: la práctica de las NU ofrece elementos suficientes para avalar la existencia de una obligación internacional general que concierne a todos los Estados de prevenir, investigar, y castigar las violaciones graves, masivas y sistemáticas de los Derechos Humanos fundamentales.

Nada más, muchas gracias por su atención.

# New Challenges to Human Rights

por **D. Theodor Meron**

*Conferencia pronunciada  
el 5 de noviembre de 1998*

Forum Deusto



## New Challenges to Human Rights

por D. Theodor Meron\*

I am most honoured and grateful for this invitation to the University of Deusto, to Forum Deusto and its President Alejandro Martínez Charterina, and to my friend Professor Father Jaime Oraa for inviting me to participate in this series of lectures on Human Rights in a Divided World, in which so many distinguished persons have participated. My thanks go also to María González for all her help in organizing my visit. I shall speak on New Challenges for Human Rights.

Let me start from some of the achievements. I need not tell you what tremendous success human rights as law, as a living discipline and as a movement, have achieved over the last half century. From the rhetorical and moral, human rights have been transformed into legal entitlements protecting human dignity. We have developed not only a comprehensive corpus of human rights, but systems of mechanisms and procedures designed to ensure respect for those rights, systems based on treaties or drawing on human rights clauses in the UN Charter. And we have done this both on the universal and on the regional planes. The principle of international accountability has been

---

\* Theodor Meron estudió en las Universidades de Jerusalén, Cambridge y Harvard, donde hizo su Doctorado. Desde 1978 está vinculado como Profesor de Derecho Internacional a la Universidad de New York. Entre 1991 y 1995 fue también Profesor de Derecho Internacional en el Instituto de Estudios Internacionales de Ginebra. El Profesor Meron ha sido editor jefe de la prestigiosa revista *American Journal of International Law* entre 1993 y 1998, y pertenece al Consejo de varias organizaciones importantes, entre ellas las Sociedades de Derecho Internacional de América y Francia. También forma parte del Tribunal del Estado de New York. Ha sido miembro de la Delegación de Estados Unidos en diversas conferencias internacionales. Ha impartido clases en muchas Universidades del mundo y en 1997 fue elegido Miembro asociado del Instituto de Derecho Internacional. Sus publicaciones son múltiples.

broadly accepted. Governments recognize that they must account to the international community and to other governments for the way they treat their own populations. That basic human rights constitute obligations *erga omnes* has been recognized.

Human rights treaties have been widely ratified and customary human rights law has rapidly grown. Through customary law and increasing treaty accession, human rights law has become positive law for the international community. Scholars and institutions have developed several strategies for making human rights binding and respected as law for all states on a universal basis. However, these achievements have been largely limited to civil and political rights. In this field, but not in the economic and social area, human rights have reached maturity.

But what about weaknesses? The achievements I mentioned have been accompanied by weaknesses, the breadth of reservations to human rights treaties, politicization and selectivity in application of treaties, the slow rate of ratifications of some treaties and by some states. New problems have been posed by globalization, privatization and economic deprivation, by the disintegration of states and the collapse of law and order, by impunity for those who commit atrocities, and by the fact that human rights have addressed primarily the obligations of governments and have left largely untouched the responsibility of non-governmental actors. Human rights in situations of endemic violence in some states have remained largely unprotected. Human rights norms are quite ineffective in extending protection to the millions of people in prisons around the world, including in the most developed countries.

I do not intend to cover all of these problem areas. But I would like to touch on problems of economic deprivation, privatization and globalization, problems of endemic violence and disintegration of states, the need for some minimum standards of humanity, and problems of impunity and criminalization. As this is a University of the Society of Jesus, with its well known commitment to social justice, I would like to start with the social justice area. I do not want to encourage hopes, I do not have solutions; I have only problems. But I hope that paying attention and focusing on them, may in itself start a momentum towards seeking solutions.

I shall focus, first, on the problem of economic deprivation. International lawyers have always found it difficult to grapple with economic rights, especially because the International Covenant on

Economic, Social and Cultural Rights provides for progressive realization of rights and acknowledges constraints due to economic resources. The Committee on Economic Rights did a fine job in trying to give some concrete content to economic rights. It articulated the duty of states to take steps towards meeting the obligations of the Covenant, and to avoid retrogressive steps. It stated that there was a minimum core obligation to avoid a situation in which individuals are deprived of essential foodstuffs, of essential primary health care, of basic shelter and housing and of the most basic forms of education.

I admit that economic and social rights have never been my focus. But I cannot but be concerned by a rolling back of economic and social entitlements on a very wide front. Globalization, privatization and conditions of extreme competition for economic survival combine with economic crises and retrenchment to cut back the social and economic safety nets provided by governmental and public programs even in rich and developed states. These cuts have been carried to such an extent that in some cases basic human dignity has suffered and the possibility for enjoyment of civil and political rights has become unreal or immaterial.

In a recent statement, the Committee on Economic Rights warned that recent trends toward globalization and privatization risk downgrading social and economic rights. Specifically, the Committee focused on the risks posed by the increasing reliance on the free market, a significant growth in the influence of international financial markets and institutions in determining the viability of national policy priorities, a diminution in the role of the state and the size of its budget, privatization of various functions previously considered to be the exclusive domain of the state, and the deregulation of a range of a range of activities. Such rights as the right to work, trade union rights, and right to social security may crumble under the pressure of competitiveness. While trends towards globalization and privatization may be both inevitable and beneficial, the state cannot ignore the extreme impact that they may have on the basic needs of large groups of population, on the erosion of human dignity and on the possibility of enjoying civil and political rights.

Human dignity involves not only freedom from torture, the rights of free expression, the right to vote and to participatory democracy but also freedom from starvation and the elementary right to health.

The 1998 Human Development Report just issued by the United Nations Development Program listed troubling facts. Despite the world-

wide growth in consumption, the average African household today consumes 20 percent less than it did 20 years ago. The poorest 20 percent of the world's population has been left out of the consumption explosion. Nearly three-fifths of people in developing countries lack basic sanitation; almost a third have no access to clean water.

Figures for rich, industrial countries are also worrying. 100 million people in such countries suffer from deprivation and under consumption; more than 100 million are homeless; 37 million are without jobs. My own country, the United States, with the highest average income of the countries ranked by the Report, has the highest population share experiencing human poverty. In this troubling context, ensuring that doctrine does not block practical solutions is particularly vital.

I turn to the challenge of non-governmental actors. Accepted human rights doctrine states that obligations ordinarily run from governments to the governed. In reality, however, non-governmental actors have an increasing impact on human rights. We must therefore consider a human rights agenda that promotes solutions allowing us to address the challenge of non-state actors meaningfully, even at the cost of theoretical purity. The collapse of security structures in some states, along with trends towards privatization of various types of governmental functions, including law enforcement and correctional institutions, makes our discussion today particularly timely.

These developments have an impact on the fabric and structure of norms and institutions. What does this mean for the responsibility of states, for accountability, for the sources of international law, for participation in the creation of customary law, and perhaps even for subjects of international law?

Formally, both human rights and humanitarian law have at least some language that addresses such issues. In the case of human rights, Article 2(1) of the International Covenant on Civil and Political Rights requires states not only to respect rights but also to ensure that rights are respected by others outside the government. Some other conventions have similar provisions. The Geneva Conventions' common Article 1 commit governments to respect and to ensure respect for the conventions in all circumstances.

These are important tools for promoting respect for human rights and humanitarian norms through governmental action and due diligence duties. So far, however, they failed to ensure accountability and effective implementation.



For example, the various treaty provisions emphasizing that treatment of insurgent movements according to obligations under international law will not prejudice their political or legal status, such as common Article 3, have failed to reassure governments.

We have also failed to develop a set of legal norms or political incentives directed at insurgents and aimed at promoting their compliance with international norms. For the most part, we have preferred not to confront the hard questions.

Private actors now play a general role in the international arena, a role that is extraordinarily important both for good and for bad.

The fact that Somalia and Liberia, as well as Afghanistan, represent societies where it is impossible to enforce respect for rights and accountability is obvious. But what about a world power, such as Russia? Can it enforce its human rights obligations in Chechnya? What then are the Chechens' obligations under human rights and humanitarian norms?

We should remember that Additional Protocol II to the Geneva Conventions—in contrast to common Article 3—does not even speak to the obligations of the rebel party, perhaps to avoid offending state sovereignty.

Although we have a large body of norms on mercenaries, private international security companies continue to grow. The deterioration of the security situation in Africa, with cross-border military interventions and the mushrooming of insurgencies, makes these problems acute.

How to deal with human rights and terrorism? The Human Rights Commission adopts resolutions on HR and Terrorism with a very large number of abstentions, reflecting the conviction of some governments that only governments can be accountable for violations of human rights.

A provision in a recent resolution on Human Rights and Terrorism that described acts of terrorism as acts of aggression raised particular concerns in the UN Human Rights Commission. The reference to acts of aggression may have been rhetorical, but the still unanswered question is what arsenal of norms international law has available to address the possibility of real cross-border aggression by non-state actors. This possibility is no longer just an *hypothese d'école*.

What does the 1951 Refugee Convention legally require when a person flees the persecution or violence from non-governmental actors?

Several questions arise for a future research and action agenda: what kind of accountability or representativity should we design for non-state actors in such matters as compliance with human rights and humanitarian norms and individual criminal responsibility for violations?

Should we distinguish between non-state actors that fall into different categories, and if so, what categories should be devised? What is and should be the influence of non-governmental actors on customary international law, standard setting, enforcing respect for human rights, and in shaping foreign policy? Finally, can these questions be addressed meaningfully by states anxious to maintain a monopoly on sovereignty?

I would like to say a few more words about privatization. In some countries, including the United States, we have seen substantial privatization of law enforcement and correctional facilities. Private security companies supervise communities or parts of communities. In several states of the US, private contractors operate prisons.

Have we thought sufficiently about the practical implications of these developments for the observance of international rules and accountability regarding, for example, the prohibition of discrimination and the excessive use of force? Are we comfortable about being stopped and searched by private uniformed, armed guards?

I would like to return to the challenge to human rights presented by the phenomenon of disintegrating states. How can we deal with the protection of human rights in disintegrating states? Because human rights treaties impose obligations on states, they cannot be effective where there are no functioning state organs. Can customary law may be more useful? Turning from human rights to international humanitarian law, common Article 3 imposes obligations on rebel parties, not only on governments, and is increasingly interpreted as applicable also to armed conflict between competing non-governmental groups within the state. But Article 3 cannot be helpful in situations of anarchy and fighting between groups lacking minimum organizational structures and capacity to ensure compliance with minimum humanitarian standards. Protocol II is even less useful, as it applies only to conflicts involving a government on the one hand and imposes rather demanding requirements of organization on the rebel party. Neither common Article 3 nor Protocol II are helpful in situations of endemic violence which has not reached the thresholds of applicability of international humanitarian law, such as internal disturbances and tensions, like riots, or isolated and sporadic acts of violence.

I turn to the problem of impunity and criminalization. In disintegrating states, where rights are ineffective, an approach focused on individual criminal responsibility may be somewhat more promising. Assuming that the judicial and prosecutorial system of the state has collapsed, persons committing atrocities could be prosecuted in third countries under such conventions as the UN 1984 convention against torture or, with respect to grave breaches, under the Geneva Conventions of 12 August 1949 or otherwise under the principle of universality of jurisdiction.

Important possibilities for international prosecutions directly under international law have been created by the recently adopted Rome Statute for the establishment of an international criminal court. Serious violations of common Article 3 have been criminalized and fall within the jurisdiction of the ICC. And the violations of several important rules on the conduct of hostilities (Hague law) have been criminalized in cases of protracted armed conflict not only for armed conflicts between governments and organized armed groups, but also for armed conflicts between such groups even absent governmental involvement.

Particularly important in this context is the possibility of prosecutions for crimes against humanity. Although such crimes require multiple commission of offenses and an element of intentionality, the Statute recognizes that they can be committed not only by governments but also by non-governmental organizations in pursuance of a policy to commit such crimes. Crimes against humanity as articulated in the Statute do not require a war nexus and therefore can be committed even in peacetime. Crimes against humanity under the Rome Statute, violations of common Article 3, and some of the other crimes overlap with, and are indistinguishable from some violations of fundamental human rights which will thus become criminalized under this multilateral treaty. Among the offenses listed in the Statute as crimes against humanity are forcible transfers of population and deportations; imprisonment and other severe deprivations of personal liberty in violation of fundamental rules of international law; torture; rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any form of sexual violence of comparable gravity; enforced disappearance of persons; and apartheid.

The criminalization of individual conduct in violation of basic human rights norms is thus an important strategy, and a major challenge which we must continue to address.

I would like to say something about treatment of people in prisons. The problem is world wide, but I shall focus, however, on the United

States, drawing on the 1998 Human Rights World Report. By the end of 1996, the number of prisoners and jail inmates reached 1.7 million, including 75000 women, representing a doubling of the incarcerated population since 1985. Overcrowding in prisons contributes to violence and abuse among inmates and between guards and inmates, as well as degrading access to adequate medical and mental health care. Several states have resorted to shackling of prisoners confined to work squads, and, in some cases, to prison chain gangs, in one state even for women. In difficult cases, prison officials resort to solitary confinement and excessive isolation, controls and restrictions which may amount to inhumane treatment or even torture. Widespread sexual abuse, including rape of women prisoners, have continued.

Of course, we cannot expect prisoners to enjoy either the full range of constitutional rights, nor the full range of human rights. But as Article 10 of the International Covenant on Civil and Political Rights provides, all persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person. We must dedicate ourselves to ensuring that this fundamental obligation is observed in all the countries of the world.

Finally, I turn to discuss the protection of human rights in situations of endemic violence, a topic often discussed in the context of the quest for a new declaration of minimum standards of humanity or humanitarian standards.

We no longer live in a world where international wars are the principal threats to human lives and dignity. Ours is a universe of states torn by internal strife; collective violence of varying intensity; ethnic, religious and national conflicts; disturbances, tensions, public emergency, bloodshed; collapse of civil order and institutions, including courts and administration of justice.

It is true that the Geneva Conventions for the protection of war victims and their additional protocols, various law of war treaties and international customary law provide a considerable measure of protection for victims of international wars, and some protection for internal wars. It is also clear that human rights treaties, declarations and mechanisms serve to protect the individual from abuses by governments in time of peace. However, we no longer live in a society where situations can be so neatly characterized as war or peace.

More and more we find ourselves in a twilight situation, in a grey zone between peace and war. We have a gap here, a lacuna, or a deficiency in the protective systems.

In situations which fall short of an armed conflict, humanitarian law might not apply, but internal violence might lead a state to declare a public emergency and suspend many essential protections. Among the essential rights often regarded as derogable, are guarantees of due process, personal liberty including imprisonment and detention, and freedom of movement. Of course, the list of non-derogable rights is not the only guide to parameters of derogations. Human rights bodies have made important efforts to prevent an abusive invocation by states of the derogation clauses. All states must also respect the very important procedural safeguards such as proportionality («to the extent strictly required»), and non-discrimination, as stated, for example in article 4(1) of the Covenant on Civil and Political Rights.

As conflict situations deteriorate toward more intense violence, the gaps in the law become more pronounced: Common Article 3 does not contain any Hague rules concerning conduct of hostilities. Even Protocol II contains very few such rules. This situation has been remedied somewhat by the Rome Statute of the International Criminal Court, which listed a number of Hague type norms for non-international armed conflicts. However, the Statute made it clear that its war crimes provisions will not apply to disturbances and tensions and such sporadic violence as riots, which do not rise to the level of armed conflicts.

An empirical, rather than a strictly legal examination supports the conclusion that gaps in protection exist and that the need for corrective action is great. A careful consideration of past experience demonstrates that governments typically contest that the situations of collective violence in which they are involved reach the thresholds of applicability of humanitarian treaties. In reality, the protective provisions of these conventions are prevented from helping those who need protection: victims of collective violence. In such situations, the law either does not apply or its applicability is contested.

Problems encountered in the recent and tragic conflicts that proliferate on every continent demonstrate that a new humanitarian approach is needed.

Of course there are many existing treaties and identifiable standards. Significant problems remain, however, in four areas:

- (1) where the threshold of applicability of international humanitarian law is not reached, or is disputed;
- (2) where the state in question is not a party to the relevant treaty or instrument;

- (3) where derogation from the specified standards is invoked; and
- (4) where the actor is not a government, but some other group.

These difficulties are compounded by the inadequacy of the non-derogable provisions of human rights instruments, the weakness of international monitoring and control procedures, and the need to define the character of the conflict situations.

Experience indicates that in situations of internal violence, normal constitutional and other legal checks and balances are singularly ineffective. Situations of internal conflict or civil strife represent the most difficult context for the protection of the human person and cause serious and increasing instability and great suffering in all parts of the world.

Instead of focusing on protection, we typically argue about legal and political definitions of conflict situations. Governments and authorities assert that the situations of collective violence in which they are involved are *sui generis*, and not subject to the pertinent humanitarian treaties.

Such stalemates underline the need to articulate a strategy for dealing with such problems. As there is no realistic possibility to resort to a binding treaty on this subject, a soft-law approach might be the only option. It is therefore important to promote the adoption of a declaration of minimum humanitarian standards from which there can be no derogation and the applicability of which does not depend on the characterization of the situation.

The observance of a set of minimum humanitarian standards which are politically and legally neutral and carry no presumption about the particular status of any of the parties involved in the conflict, could save lives.

The text of such a declaration of minimum humanitarian standards was drafted by a group of individual experts in humanitarian and human rights law and draws on both of these protective systems. It is often referred to as the Turku text, for the place where the experts met in 1991.

This declaration, now for a number of years before the UN Human Rights Commission has been gaining increasing recognition by governments, organizations and experts, including the UN sub-commission on prevention of discrimination and protection of minorities. The Budapest review conference of the OSCE in 1994

emphasized the significance of the declaration and the willingness of the participating states to promote it in the United Nations. The appeals chamber of the international criminal tribunal for former Yugoslavia in the 1995 Tadic decision, UNHCR and a considerable number of governments have also cited the declaration. The International Workshop on Minimum Humanitarian Standards convened by the government of South Africa in Cape Town in 1996 gave the idea of promoting the declaration further momentum. Finally, the analytical report of the UN Secretary General in 1998 gave the matter further constructive and thoughtful direction.

These developments demonstrate that the concept of minimum humanitarian standards has already entered the mainstream of governmental and UN attention and is here to stay.

Care has been taken to ensure that the declaration could not encroach on the Geneva Conventions, Protocols, or human rights treaties. Several provisions of the declaration make this absolutely clear. One provision is designed to ensure that the declaration will not affect the status of any authorities, groups or persons.

I shall briefly explain the content of the declaration.

The declaration reaffirms an irreducible core of humanitarian norms and human rights which must be respected in all situations and at all times, a safety net independent of any assertions that a particular conflict is below the threshold of applicability of international humanitarian law and is not addressed by existing international law.

Following the tradition of humanitarian law treaties, derogations are prohibited, but the importance of the declaration goes far beyond the technical problem of states of emergency and derogations. The declaration also addresses the need to respect fundamental principles of international humanitarian law in all circumstances. It is designed to avoid the pitfalls of the never ending debates on thresholds of applicability and complex legal characterizations of different types of conflicts.

The declaration provides a basis for observing minimum humanitarian standards in *all* conflict situations. This is particularly pertinent to situations of internal violence, and to the gray zone between war and peace.

With a focus on the nature of contemporary conflicts, which so often concern groups not recognized as governments, the text of the

declaration provides that «(t)hese standards shall be respected by, and applied to all persons, groups and authorities, irrespective of their legal status and without any adverse discrimination.» The prospects for humanizing internal violence are greatly improved by urging all sides, including non-governmental actors, to abide by essential humanitarian principles.

The declaration draws on major norms of both humanitarian and human rights instruments. It is based on the fundamental principle of humanity which underlies all such instruments. Many of its provisions codify minimum standards already recognized by extant human rights or humanitarian law and are declaratory of customary law.

Among the standards incorporated in the declaration are core judicial or due process guarantees, limitations on excessive use of force and on means and methods of combat, the prohibition of deportations, rules pertaining to administrative or preventive detentions, humane treatment and guarantees of humanitarian assistance.

The declaration contemplates a decentralized promotion of compliance with its standards by everybody who can help and who is involved in monitoring, reporting, peace-keeping etc. This includes, of course, governments, intergovernmental and non-governmental organizations, as well as thematic groups and rapporteurs and special country rapporteurs appointed by the United Nations. All UN organs, OSCE, OAS, OAU, could do their best to ensure that all persons, groups and authorities, including those under their own authority, fully respect the declaration's standards in all circumstances.

All these organs, and the media as well, should refer to the declaration as a statement of accepted normative standards. Governments, authorities, groups and individuals should be urged to comply with these standards.

While the declaration might face problems of compliance similar to those encountered by other international instruments, the simplified normative scheme should make evasion more difficult. Additionally, because of its essential simplicity, the declaration could become a useful source of indicators to guide governmental and non-governmental organizations in giving early warnings of mass violations. The declaration can and should become an important tool for education, dissemination, monitoring, implementation and enforcement.



The simplicity, clarity, and elementary humane character of its provisions; the fact that it draws on humanitarian and human rights instruments, on customary law and on standards of humanity; and the fact that it avoids legalistic and political problems of definition of conflicts and recognition of authorities, combine to make the declaration easier to respect.

By their very nature these standards of humanity are truly universal. The declaration would thus not give rise to further debates on cultural relativism v. universality of human rights.

In the refugee context, the declaration of minimum humanitarian standards could be particularly useful both in countries of origin to avoid large refugee outflows, and in countries of resettlement or repatriation to create the minimum humanitarian conditions required for durable solutions. There is already a general recognition that human rights and humanitarian law abuses are among the major causes of refugee problems. It may be possible to prevent or reduce future refugee flows if the human rights/humanitarian situations in countries of origin is improved.

The proverb that the best is the enemy of the good has proven true in the case of our declaration also. Those who worry about the declaration's affecting existing legal norms, or about drafting points which can easily be corrected, forget how urgent and paramount is the need to try to humanize conflicts raging in all parts of the world.

Another concern sometimes expressed has been that the declaration as a recommendation, will not be legally binding or otherwise effective. Has the CSCE's Helsinki Final Act not shown the whole world how effective political and moral commitments can be? Until the declaration is adopted by the United Nations, the emphasis should be on increasing the visibility and the international awareness of the declaration. Let us find ways to transform the declaration into a yardstick for humane behaviour of all concerned in conflict situations.

The increasing recognition by some states that the need to establish some obligations for guerillas, and even terrorists, improves the prospects for a sympathetic consideration of the declaration.

The challenges ahead of us are many and they are daunting. We must all work to overcome them, and one day we shall.

## Resumen

A pesar de los avances dados en el campo de la protección de los Derechos Humanos, éstos se hallan a menudo en situaciones de conflicto, como cuando se produce violencia endémica, impunidad o criminalidad. En estos casos, y a pesar de que en muchas ocasiones existen herramientas para evitar su violación, se producen ataques continuos a los derechos del hombre y las normas existentes son ineficaces para proteger a millones de personas que sufren violaciones en todo el mundo, incluyendo en los países más desarrollados. Por todo ello, se defiende la necesidad de un mínimo de normas humanitarias.

Es claro que los tratados sobre Derechos Humanos, declaraciones y mecanismos sirven para proteger al individuo de los abusos cometidos por gobiernos en tiempos de paz. Sin embargo, no viviremos por mucho tiempo en una sociedad donde pueda ser claramente definida la guerra o la paz. Nos encontramos cada vez más en momentos donde aparece una zona gris entre paz y guerra, en la que se observa una deficiencia en los sistemas de protección.

Además, los conflictos trágicos ocurridos en la historia reciente demuestran que se necesita una nueva aproximación a la realidad humanitaria. Desde luego, existen muchos tratados y normas identificables, pero los problemas fundamentales siguen existiendo cuando la ley humanitaria internacional no se consigue aplicar, el Estado en cuestión no es partidario de la implementación de un determinado tratado o instrumento, cuando se produce la derogación de normas específicas, o cuando el actor no es un gobierno, sino otro grupo.

Estas dificultades se deben fundamentalmente a la existencia de instrumentos de protección inadecuados, un proceso de control internacional débil y una falta de definición de las características de las situaciones de conflicto. La experiencia indica que en situaciones de conflicto interno o civil es cuando es más difícil la protección de los derechos de la persona humana y, por todo ello, es un firme defensor de la adopción de una declaración de un mínimo de normas humanitarias, que no puedan ser derogadas y cuya aplicación no dependa de una situación determinada. Así, el mantenimiento de unos mínimos básicos que sean política y legalmente neutrales y que no traigan ninguna prevalencia política de alguno de los partidos involucrados en el conflicto, puede salvar vidas.

Esta Declaración reafirma además un código de normas humanitarias y Derechos Humanos que han de ser respetados en todas las situa-

ciones y todos los tiempos. No obstante, hasta que no sea adoptada por las Naciones Unidas, el énfasis debería estar relacionado con la clarificación y atención internacional en torno a la declaración. Se deben, por tanto, encontrar las vías para transformar esta declaración en un termómetro del comportamiento humano en torno a todo lo sucedido en situaciones de conflicto. Los desafíos en este sentido son muchos y peligrosos y todos hemos de trabajar para lograrlo.



# Balance en Euskadi 50 años después

por **D. Xabier Markiegi**

*Conferencia pronunciada  
el 10 de diciembre de 1998*

Forum Deusto



## Balance en Euskadi 50 años después

por D. Xabier Markiegi\*

En el mismo día, cincuenta años después, de la aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tengo la satisfacción en este Salón de Grados de la Universidad de Deusto, de saludarles a Vds. como ciudadanas y ciudadanos. Esta misma mañana he participado en Madrid, en el Palacio Real, en el solemne acto institucional de conmemoración del 50 aniversario. Lo han presidido SS.MM. el Rey y la Reina. Ahora les saludo a Vds. no como amos o esclavos. No como señores o siervos. No como clérigos, nobles o pueblo llano, agrupados por estamentos. No como soberanos o súbditos. Los súbditos se convierten en ciudadanos cuando se les reconocen algunos derechos fundamentales.

La Declaración comienza su artículo primero con estas palabras: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos». Haríamos bien en convertir esta reunión en una celebración gozosa por sabernos reconocidos como libres e iguales en dignidad y derechos. Pero también convertirla en una celebración tensionada por sabernos no realizados como libres e iguales. Vienen al caso las palabras con las que Rousseau comienza el «Contrato social»: «El hombre ha nacido libre y se encuentra en todas partes encadenado».

---

\* Xabier Markiegi es Ararteko de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Licenciado en Psicología por la Universidad Complutense y en Teología por la Universidad Pontificia de Salamanca, ha realizado además estudios de ingeniería industrial. Desde 1959 hasta 1981 dirigió la Escuela de Magisterio y realizó tareas de formación relacionadas con las Escuelas de Padres. Su dedicación política durante 14 años se dio a la dirección del Partido Euskadiko Eskerra, en cuya representación fue Concejal del Ayuntamiento de Abanto-Zierbena, Apoderado de las Juntas Generales de Bizkaia y Parlamentario Vasco en cuatro legislaturas. También fue Parlamentario independiente en la legislatura del 90 al 94. En 1995 fue nombrado Ararteko de la Comunidad Autónoma del País Vasco para un período de cinco años.

## 1. El punto de partida

Conocemos que hubo que recorrer un largo camino desde la formulación de estos derechos como teorías filosóficas primero (John Locke y los ilustrados), como declaraciones con valor jurídico en algún Estado después (Estados americanos, Revolución Francesa), hasta llegar a 1948 con la afirmación de los derechos de un modo a la vez jurídico positivo y universal. A partir de ese momento, con la Declaración, tenemos la certidumbre de que la humanidad, toda la humanidad, comparte algunos valores comunes.

El cincuenta aniversario en la vida de una persona es un momento de madurez y momento también de aplicar una cierta mirada retrospectiva. Cincuenta años en la historia de la humanidad apenas son nada y, sin embargo, este último medio siglo ha sido de una gran intensidad, un jalón importante en la lucha por la dignidad humana. La Declaración Universal ha supuesto un hito en esta lucha, fundamentalmente porque introduce un elemento que va a resultar clave para tal fin, la internacionalización de los derechos humanos.

La Declaración de 1948 marca el nacimiento de una nueva era: la de la mundialización de todas las relaciones sociales y, por tanto, también la mundialización del respeto a los derechos humanos. En ella quedaron recogidas las conquistas señeras que conformaron el Estado liberal a partir de las revoluciones burguesas y también las que alumbraron el Estado social de derecho a partir de la lucha del movimiento obrero.

Es una constante histórica que después de periodos de graves vulneraciones de los derechos humanos, siguen otros en los que los países se dotan de instrumentos de garantía y de defensa de los derechos de sus ciudadanos.

Tras las monstruosas vulneraciones acaecidas en la Alemania nazi también sucedió así. El conocimiento de la barbarie hitleriana removió la conciencia de una opinión pública mundial que asistía perpleja a tanto horror y no comprendía cómo se había podido llegar tan lejos en la degradación humana. A su vez la amenaza del estalinismo contra las libertades estaba encendiendo las luces de alarma en el resto de los aliados y, salvo la unión para administrar conjuntamente la ciudad de Berlín, la tensión entre ellos aumentaba y adquiría tonos de confrontación pro-bélica. En la comunidad internacional se llegó a la convicción de que gran parte de las violaciones se hubieran podido evitar si hubiera existido un sistema internacional efectivo de protec-



ción de los derechos. Se generalizó entonces un sentimiento de que había que poner los medios para que una situación tan horrorosa no pudiera repetirse.

## 2. Internacionalización como garantía

A partir de ahí, la constatación de que un sistema de defensa de los derechos humanos limitado exclusivamente al ámbito interno de cada Estado no es suficiente, lleva a situar la defensa de los mismos como un objetivo de toda la humanidad. Así se abre una nueva era, la de la internacionalización de los derechos humanos, larga y llena de dificultades por la resistencia de los propios Estados, celosos de su soberanía, pero en la que no cabe ya la marcha atrás.

La Declaración universal de 1948 tuvo además el mérito de generar un consenso amplísimo en un momento histórico extremadamente delicado.

Después de la II Guerra Mundial emergían entre las fuerzas vencedoras dos superpotencias, EEUU y la URSS, que respondían a concepciones antagónicas de cómo concebir la sociedad y la política, pero también el reparto del mundo. Además de las diferencias ideológicas existían motivos de hegemonía que alimentaban el enfrentamiento, ya que ambas potencias intentaban controlar el planeta. Esta pugna larvada nunca llegó al enfrentamiento directo y abierto entre las dos superpotencias, pero sí a un estado de tensión continuado y permanente. A esa pugna, a partir del discurso de Baruch en Columbia, se llamó Guerra Fría.

Pues bien, en este contexto de guerra fría, de confrontación ideológica Este-Oeste, en el mismo año 1948, en que se producen dos de los incidentes más graves que pusieron en peligro la paz mundial, el golpe de Praga y la crisis del bloqueo de Berlín, en ese preciso momento los Estados de las Naciones Unidas son capaces de aprobar sin ningún voto en contra un texto de tan importante calado.

Para ello fue necesario alcanzar un difícil equilibrio entre las diferentes ideologías y concepciones sobre los derechos humanos. Si bien resulta indiscutible el influjo determinante de las tesis occidentales, que ponían el acento en las libertades individuales y derechos civiles, de corte clásico, no es menos cierto que los países socialistas dejaron su impronta con la inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales.

La comunidad internacional dio un paso de gigante con la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ya que puso de manifiesto que la defensa de estos derechos no es sólo una cuestión entre los ciudadanos y sus respectivos Estados, sino que implica a toda la humanidad. Y, además que, a pesar de las dificultades, es posible consensuar un núcleo ético común. O dicho con palabras de Boutros-Ghali, al inaugurar la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena en 1993, «lo humano irreductible, es decir la quintaesencia de los valores en virtud de los cuales afirmamos, juntos, que somos una comunidad humana».

El paso del tiempo ha ido poniendo de manifiesto la necesidad de nuevos instrumentos, que den efectividad mayor a este código de referencia ética. Quedan como tareas pendientes un Código Penal y un Tribunal Penal Internacional.

La calificación de la Declaración de Derechos como universal y no como internacional denota, de manera explícita, su clara vocación de universalidad.

### **3. Universalidad frente a relativismo**

Posteriormente, sin embargo, esta idea de universalidad ha sido puesta en cuestión desde la teoría del relativismo cultural y también desde posiciones historicistas, filosóficas y jurídicas. Contra la universalidad se han alzado voces, sobre todo desde los países llamados del tercer mundo o del sur y los islámicos, por entender que la Declaración es predominantemente occidental, de raíz eurocéntrica y que ignora otras realidades culturales. Consideran que desde un punto de vista antropológico no se sostiene el concepto de universalidad y que no deja de ser un intento más de dominación ideológica por parte de los países desarrollados.

Este debate planteado así no es una mera disquisición académica ya que afecta a la aplicación concreta de los derechos humanos en algunos países. Muy gráficamente lo denuncia el último informe de Amnesty Internacional cuando señala que algunos gobiernos están tratando de poner en cuestión la universalidad y la indivisibilidad de los derechos humanos, esgrimiendo razones culturales o religiosas para justificar, por ejemplo, mutilaciones genitales femeninas o penas judiciales crueles como la flagelación, la lapidación o la amputación de miembros.

Pero este debate no sólo se ha planteado en latitudes lejanas a las nuestras. En Euskadi hemos asistido durante las últimas décadas a una relativización monstruosa de la interpretación de derechos humanos tan fundamentales como el derecho a la vida y el derecho a la libertad. La práctica de la violencia con fines políticos y la persistencia del referente violento como elemento conferidor de identidad nacional, o al menos grupal, ha introducido un factor grave de relativización de los derechos humanos. Quienes, en nuestra sociedad vasca, hasta ayer mismo han encontrado razones para realizar, justificar o apoyar el asesinato o el secuestro de conciudadanos no han asumido el valor universal de estos derechos humanos. Se reivindican éstos para los suyos pero se los niegan a los otros. Se imaginan ideales, causas, patrias, esenciales o absolutas, que estarían por encima de las personas y por las cuales sería lícito sacrificar los derechos de éstas.

Quienes, también en nuestra sociedad vasca han justificado el que desde los aparatos del Estado se combatiese al terrorismo con sus mismas armas tampoco han asumido el valor universal de los derechos humanos. Por alguna razón de pretendida eficacia, se utilizaron medios perversos por sí mismos, crímenes como el secuestro, la tortura, y el asesinato. E incluso después del paso de los años ha habido quienes han pretendido explicarlos por el denominado «contexto», es decir, por la escalada de atentados, por la pasividad de las autoridades francesas permitiendo el «santuario», etc.

La falta de consenso básico en la sociedad vasca sobre la universalidad de estos derechos ha provocado también, como reflejo de la misma, en el sistema educativo, en los claustros de los centros escolares, una inhibición importante en el ámbito de la formación en valores. Desde mi perspectiva profesional de educador, me ha preocupado este retraimiento. Siempre he dicho que cada generación debe hacer su propio aprendizaje de la convivencia, de la democracia, de la paz. Y para ello necesita un ambiente de libertad donde experimentar por sí misma y unos referentes nítidos de valores que elegir. Al haber existido, entre los padres y también entre los profesores, posicionamientos tan enfrentados sobre algo tan básico como el derecho a la vida, se ha optado muchas veces por mirar hacia otro lado, por miedo a escenificar ese enfrentamiento.

Como pueden ver Vds., el debate más amplio sobre la universalidad o relatividad de los derechos humanos y de la misma Declaración tiene consecuencias prácticas de gran calado e, incluso, crudeza. Tanto es así que en la última gran cita sobre derechos humanos, la Conferen-

cia Mundial de Viena, de junio de 1993, éste fue uno de los ejes importantes de discusión. Y, aunque se llegó a una solución teñida de un cierto eclecticismo para asegurar el consenso, se reafirma sobre todo el carácter universal de los derechos. Con esta expresión:

«Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en 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.»

No se trata, por tanto, de promover una absurda y laminadora uniformidad. Pero sí de conseguir el respeto a los fundamentos esenciales de la dignidad humana en cualquier parte del mundo. En esto precisamente consiste la universalidad, según el profesor Antonio Cassese.

#### **4. ¿Cómo hacer balance sobre nuestra situación?**

Han tenido Vds., los que han podido asistir con continuidad al ciclo completo, organizado por el Colegio de Abogados del Señorío y por el Forum Deusto, sobre «Los derechos humanos en un mundo dividido», la oportunidad de reflexionar, de la mano de insignes profesores traídos desde lejos, sobre lo que pasa en otras partes del mundo.

Hoy nos corresponde hacer nuestro balance, 50 años después de la Declaración, sobre el respeto a esos fundamentos esenciales de la dignidad humana en esta parte del mundo, en esta partecita para ser más exactos. ¿Cómo abordarlo?

Norberto Bobbio terminaba así la conferencia que pronunció en Turín en 1967 con motivo de la preparación del vigésimo aniversario de la Declaración: «A cualquiera que se proponga hacer un examen libre de prejuicios del desarrollo de los derechos humanos después de la Segunda Guerra Mundial le aconsejaría este saludable ejercicio: leer la Declaración Universal y después mirar alrededor. Estará obligado a reconocer que, a pesar de las anticipaciones iluminadas de los filósofos, de las audaces formulaciones de los juristas, de los esfuerzos de los políticos de buena voluntad, el camino por recorrer es todavía largo. Y le parecerá

que la historia humana, aun cuando vieja en milenios, comparada con las enormes tareas que nos esperan, quizá haya apenas comenzado.»

Hoy, en esta nueva celebración, podemos seguir esa sugerencia. Leer artículo por artículo o al menos agrupados por bloques y después mirar alrededor. Me he permitido acometer el orden inverso, comenzando por el final, por los últimos artículos, para que no queden estos siempre olvidados por el cansancio o por la falta de tiempo.

Pero antes, puede ser bueno metodológicamente que adoptemos unos jalones en el tiempo, unos puntos fijos que nos ayuden a establecer relaciones y comparaciones que den sentido dinámico a nuestro balance de situación.

## 5. Contextualización en el tiempo

He escogido, por su especial significado, estas fechas: diciembre de 1948, el punto cero de la Declaración; diciembre de 1978, el punto de inflexión y de recuperación de las libertades en España, con la aprobación de la Constitución; y diciembre de 1998, con las expectativas de paz en Euskadi.

*1948 ¿Qué ocurría en diciembre de ese año? ¿Cuál era la situación de los derechos?*

Destaca el aislamiento de España.

Si tomamos como referencia las portadas de la prensa escrita bilbaina, nos encontramos con que el 11 de diciembre de 1948 no hay ninguna referencia a la aprobación el día anterior por la Asamblea General de Naciones Unidas de la Declaración Universal. España no estaba en la ONU. Sin embargo, se concede el titular a cuatro columnas al ex-primer ministro británico: «Churchill reclama enérgicamente que vuelvan a su plenitud y normalidad las relaciones de Inglaterra con España. Afirmó que no ve por qué debe excluirse a nuestro país de las Naciones Unidas».

Es cierto que en los días anteriores sí se concede una cierta atención a los trabajos de la Asamblea General de la ONU.

El 22 de setiembre se daba cuenta con gran titular en primera: «Ayer comenzó la Asamblea General de la ONU». Y se da amplia cabi-

da al discurso inaugural del presidente provisional, Sr. Bramuglia, ministro de Asuntos Exteriores de Argentina, aunque fue derrotado en su aspiración a la presidencia definitiva por el australiano Erbert Evatt. La otra noticia internacional en primera es: «Chang-Kai-Chek ordena la resistencia hasta el último hombre». Y los comentarios se dedican a la hermandad hispano lusitana con motivo de la prórroga del pacto ibérico. Ese mismo día tiene lugar el primer vuelo Sondica-Madrid.

Otras noticias de esos días: Hay restricciones de energía eléctrica. Los embalses están secos. Se llega a suprimir el tren rápido a Madrid. «A partir de octubre habrá más pan para las cartillas de tercera». «Inauguración de un estadio militar en Pamplona». «Una sublevación contra el Negus»... El 29 de setiembre: «Rusia es una amenaza para la paz». «El delegado del Perú defiende los derechos de España». El 21 de noviembre se celebran en toda España elecciones municipales. Los candidatos al Ayuntamiento de Bilbao que triunfaron fueron D. Wenceslao Bernaola, D. Enrique Guzmán, D. Sebastián Sotomayor, D. Alberto Cobos, etc. Ese mismo día se da cuenta de la conferencia pronunciada la víspera en el teatro Buenos Aires de Bilbao por el camarada Ismael Herraiz, con el título «España, única realidad católica del mundo».

El día 9 de diciembre se titula así: «El español, tercer idioma de trabajo de las Naciones Unidas». En el texto se hace referencia a la aprobación por la Comisión Social (sic) de la declaración de los derechos del hombre; se hace hincapié en las abstenciones y en las ausencias en la votación; y se transcribe literalmente el preámbulo.

El día 10 de diciembre el titular es éste: «La ONU, sometida a trabajo intensivo en sus últimas horas de París». El subtítulo dice así: «El ciudadano del mundo divierte a la gente en el Velódromo de Invierno». Y ya en el interior del texto se dedican tres líneas y media para valorar positivamente la Declaración. Se dice: «La Carta de los Derechos del Hombre consiste en el más importante y significativo trabajo llevado a acabo por la Asamblea». Y se continúa con la explicación de los motivos de quienes se abstuvieron. En páginas interiores, las referencias internacionales tienen por objeto la situación en Transjordania y Palestina, las noticias contradictorias sobre la guerra en China, la discusión entre Truman y la esposa de Chang-Kai-Chek sobre la ayuda a China, el presupuesto francés para 1949 y que la Asamblea General de la ONU declara el genocidio fuera de la ley.

El Atlético (sic) bilbaino derrotado por el Valladolid (1-0). (La censura afecta no sólo al euskara sino también al inglés).

## 1978 ¿Qué ocurría en diciembre? ¿Cuál era la situación de los derechos?

Titulares en primera del día 10 fueron éstos: «Asesinan a un ex-jefe de la policía municipal». Fue en Santurce. «Guipúzcoa: Secuestran a un industrial y lo dejan herido en una pierna». «Cuba pondrá en libertad a 3.000 presos políticos». «El Papa tuvo novia antes de ordenarse sacerdote». «Se clausuró el XX certamen de cine documental de Bilbao». La única referencia a la Declaración de los Derechos Humanos aparece en página 15, en Regional, con motivo del 30.º aniversario, y con este titular: «CGV (Consejería de Interior): “La guerra no la puede declarar suplantando al pueblo una minoría belicosa”». Se refiere a un documento elaborado por dicha Consejería sobre El derecho a la vida, que contiene cuatro capítulos: La vida. La pena de muerte. La integridad física y moral. La guerra. Recupero aquí siquiera dos párrafos del texto, que reflejan un acertado pronóstico de lo que seguiría ocurriendo en los próximos años:

«No podemos cerrar hipócritamente los ojos a la realidad del actual momento: la larga cadena de miembros de las F.O.P. caídos, la serie de absurdas condenas de muerte pronunciadas desde grupos privados, recaídas sobre personas sencillas, atribuyen un siniestro protagonismo a grupos que operan contra la legalidad del Estado».

«También ha de denunciarse una profunda herida colectiva que el pueblo vasco se está causando, que se manifiesta en el intento de embotamiento moral y en el miedo a convivir. La integridad moral de nuestra sociedad está profundamente dañada y la recuperación va a ser lenta y dolorosa».

Este texto pertenece al capítulo sobre la integridad física y moral. Véase el salto analógico que se produce. Pero se toma como punto de apoyo el contenido de los artículos 3 y 5 de la Declaración, en la síntesis hecha por el artículo 15 de la C.E., y se extiende su aplicación simbólicamente a la herida moral que la colectividad se está infiriendo a sí misma.

El contexto inmediato de aquel día de 1978 está marcado, en lo más cercano, por la caída de la Bolsa, el conflicto laboral en el hospital de Cruces por la huelga de limpieza; y por el resultado catastrófico del informe sobre contaminación atmosférica en el Gran Bilbao y la aprobación de 18 expedientes con medidas para disminuir la emisión de SO<sub>2</sub>. Y, en lo más general, por el referéndum constitucional celebrado cuatro días antes; por los resultados del trabajo de la ponencia que está redactando el anteproyecto de Estatuto de Autonomía; por los asesinatos de policías, del dirigente de ETA, Argala, el día 21; por la de-

nuncia de que la Audiencia Nacional pone a disposición de la Dirección General de Seguridad a personas que se encuentran encarceladas y procesadas, es decir, las devuelve a comisaria para nuevos interrogatorios policiales después de haber pasado por el juez y estar en la cárcel. El CGV hace público el día 18 un comunicado en el que pide a ETA que cese la lucha armada y se ofrece para entablar negociaciones con ambas ramas de la organización, porque «no se puede construir una sociedad libre mientras persista el miedo y la coacción».

En el ámbito internacional destacan la emergencia del islamismo y los enfrentamientos en Irán contra el régimen del Sha, con gran número de muertos y heridos, así como las denuncias de Amnesty Internacional en relación al trato que se dispensa a los presos políticos allí. También se hace mención a la desaparición progresiva de los juicios populares en China y sustitución por varios tipos de audiencias, con presencia de juez, ministerio fiscal y abogado defensor. Se informa del número de muertos y heridos causados por las policías de Guatemala y de Sudáfrica, en enfrentamientos con opositores. Estos en Guatemala protestaban por la subida del cien por cien en el precio de los transportes.

*1998 ¿Qué está ocurriendo hoy mismo? ¿Cuál es la situación de los derechos?*

No hago ya mención a pinceladas de contexto, porque las tenemos todos muy próximas y, por ello, patentes. Sencillamente destaco como novedad la ausencia de actos terroristas.

Y paso ya al intento de hacer balance.

## **6. Balance de nuestra situación de 1948 a 1978**

Desde una perspectiva diacrónica es muy evidente el balance positivo global en este período, tanto en lo que se refiere al reconocimiento de los derechos humanos como a su disfrute efectivo. El esfuerzo de civilidad que el conjunto de la sociedad española y sus representantes aportaron para hacer una transición pacífica de la dictadura a la democracia tuvo su punto álgido en el referéndum constitucional del 6 de diciembre de 1978. El antes y el después quedan fotografiados, respectivamente, en color sepia y en tinte. Partíamos de una situación tan negativa que el contraste resulta muy evidente. En la Constitución, sobre todo a lo largo de su título I, quedaron incorporados los derechos



proclamados por la Declaración Universal, e incluso se establece explícitamente, en el artículo 10, 2, en el frontispicio del Título I, que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Un año después el Estatuto de Autonomía para el País Vasco, en su artículo 9, incorpora también esos derechos con una expresión de globalidad: «Los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos del País Vasco son los establecidos en la Constitución». Pero además el Estatuto en ese mismo artículo (9,2) desarrolla el correspondiente 9,2 de la C.E. e insiste en la efectividad de los derechos. Por eso mismo atribuye a los poderes públicos vascos la responsabilidad de velar y garantizar el adecuado ejercicio de los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos; de impulsar particularmente una política tendente a la mejora de las condiciones de vida y trabajo; de adoptar aquellas medidas que tiendan a fomentar el incremento del empleo y la estabilidad económica; a adoptar aquellas medidas dirigidas a promover las condiciones y a remover los obstáculos para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean efectivas y reales; y, por fin, a facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social del País Vasco. Queda patente la voluntad del estatuyente de no contentarse con la formulación formal o puramente nominal de derechos humanos sino de exigir las condiciones reales para el disfrute de los mismos. Y queda patente también la inclusión como en un todo de los derechos llamados de primera generación y los de segunda, es decir los derechos individuales, las libertades públicas, los derechos políticos; pero también los derechos económicos, sociales y culturales.

## **7. Balance de nuestra situación de 1978 a 1998**

A lo largo de estos veinte últimos años, se superaron los conatos de inestabilidad que todo nuevo asentamiento conlleva y que tuvo su expresión más visible, e incluso grotesca, en el intento de golpe de Estado protagonizado por Tejero el 23 de febrero de 1981. Gracias a la prudencia y a la generosidad con la que la ciudadanía hizo la transición y gracias a la firmeza democrática con la que la propia ciudadanía, sus representantes políticos y sindicales y S.M. el Rey la defendieron precisamente en esas fechas.

El balance de la situación de los derechos fundamentales y de las libertades públicas en estos años es altamente positivo, en general y salvo los agujeros negros que analizaré en seguida. La percepción social sobre los instrumentos jurídicos con los que nos hemos ido dotando para proteger y desarrollar esos derechos así como sobre la aplicación cotidiana de los mismos es satisfactoria en general. Aunque se constatan también sus limitaciones, imperfecciones y carencias.

### *7.1. Los derechos económicos, sociales y culturales*

La verdadera innovación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en lo que concierne a su protección internacional, fue la incorporación de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos llamados de segunda generación. Esta inclusión, propugnada por los países socialistas, vino a resultar capital ya que, como señala el artículo 22, «toda persona tiene derecho a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad». Es decir, relaciona el disfrute de los derechos más próximos a la dignidad y al desarrollo de la persona con que el entorno económico, social y cultural proporcione los medios reales para conseguirlo. Y, en cierta medida, lo condiciona.

Nos estamos refiriendo al derecho al trabajo, al salario, a la protección contra el desempleo (art. 23); a la seguridad social (22); al descanso, a vacaciones pagadas (art. 24); a un nivel de vida que asegure a la familia salud y bienestar y en especial alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica, servicios sociales, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez, protección social a madres y niños (art. 25); a la educación (art. 26) y a la participación en la vida cultural de la comunidad (art. 27).

Sabemos que éstos no son considerados por la Declaración como derechos absolutos, ya que vienen marcados por las notas de relatividad y de progresividad. El mismo artículo 22 los supedita al «esfuerzo nacional y a la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado». Y tampoco ofrece mecanismos de garantía para su defensa.

Por ello, la indivisibilidad e interdependencia de las dos categorías de Derechos Humanos, tanto los civiles y políticos como los sociales, económicos y culturales, ratificada en tantas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, puede quedar en un principio re-

tórico sin efectividad, si no se tiene en cuenta las dificultades que atraviesan para su ejercicio muchos ciudadanos del mundo, sobre todo los de los países del Tercer Mundo o del Sur. Vds. lo han constatado con ocasión de las conferencias anteriores del ciclo que hoy clausuramos. Llevaba por título: «en un mundo dividido». Dividido por paralelos y meridianos que separan la riqueza de la pobreza, la cultura del analfabetismo, la salud de las pandemias. Esta fractura pasa también por nuestra sociedad vasca, que ha venido a ser muy dual. En Europa se empieza a hablar del Cuarto Mundo para designar a las importantes bolsas de exclusión que generamos dentro del Primer Mundo.

Las características de progresividad y de no justiciabilidad que tienen estos derechos juegan en contra de su aplicación real. Pongamos un ejemplo: el derecho al trabajo. No se trata de un derecho absoluto (como el derecho a la vida o a la libertad de conciencia), sino de un derecho relativo, progresivo, que podrá hacerse realidad en cada caso en función de factores económicos variables. Así, quien carezca de trabajo no podrá por ello ir a los tribunales a demandar trabajo. Se trata de un derecho no justiciable.

Pero, además de esta situación de hecho, los derechos sociales tienen otro déficit fundamental: no hay garantías para ellos. Así, Luigi Ferrajoli ha afirmado que *«el "Welfare State" no ha desarrollado una normativa propia. No ha producido una estructura institucional de garantías análoga a la del viejo Estado liberal de Derecho y específicamente idónea para garantizar los nuevos derechos sociales correspondientes a las nuevas funciones y prestaciones exigibles del Estado. En suma, no ha dado vida a un régimen de garantías jurídico-liberal característico de los clásicos derechos individuales de libertad, de los derechos de la primera generación. El resultado de estas carencias, la consecuencia de esta convivencia entre el viejo Estado constitucional de Derecho y el nuevo Estado social es una profunda divergencia entre las estructuras legales y las estructuras reales tanto de la organización estatal como de la propia organización social.»*

La consecución de unos mecanismos de protección eficaz de los llamados derechos sociales es uno de los grandes retos de nuestro tiempo, ya que la vigencia de estos derechos no es sino la manifestación del cumplimiento del principio de igualdad en un sentido material o sustancial.

El Tribunal Constitucional (por ejemplo, en su STC 14/92) pone de relieve la íntima conexión existente entre el principio del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1. CE), la igualdad sustancial (art. 9.2.

CE, que declara que «*corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas*») y la de los principios rectores del Capítulo III, sobre cuyo régimen jurídico señala el Tribunal Constitucional «*impide considerar a tales principios como normas sin contenido y que obliga a tenerles presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes*».

El diseño realizado por la Constitución parece que apuesta por una progresiva implantación de los derechos sociales, de tal modo que tenga una dirección expansiva, teniendo en cuenta el ámbito de cobertura actualmente existente.

La doctrina de los primeros años 80 recogió de manera categórica esta idea, por ejemplo, Luis López-Guerra y Jorge de Esteban, señalando que «*de hecho, se viene a constitucionalizar el statu quo como mínimo intocable, en aquellas materias a que hacen referencia los principios rectores*», llegando a afirmar que «*hay que inferir que toda regulación restrictiva de estas materias reduciendo ventajas sociales sería inconstitucional*».

Consideraba esta corriente doctrinal que «*los principios rectores de la política social y económica aparecen así como una garantía del "mínimo existente", en el sentido de que el statu quo socioeconómico, si se modifica, ha de serlo en la dirección indicada por la Constitución. Desde esta perspectiva, la Constitución trata, pues, más que de forzar un avance, de evitar un retroceso en la realización del Estado Social.*»

Resulta esperanzador, sin embargo, que el Tribunal Constitucional se ha manifestado en alguna ocasión en favor de «*un núcleo indisponible por el legislador*».

Esta idea del «*núcleo o reducto indisponible*» que inmediatamente nos lleva al concepto de «*contenido esencial*» de los derechos fundamentales, nos permite atisbar una línea de esperanza junto con algunas construcciones como la de «*la inconstitucionalidad por omisión*» o algunas sentencias llamadas «*aditivas*».

Entre nosotros, la concreción de este tipo de derechos se ha ido plasmando en lo que se suele llamar el Estado de Bienestar, en la realización de determinadas políticas de protección social.

Conviene no perder de vista que el Estado de Bienestar, como tal, no existe. En todo caso, existen Estados o sociedades con determinados niveles de protección social en un campo o en otro. Basta compa-

rar presupuestos públicos para caer en la cuenta de ello. En nuestra Comunidad el gasto global en servicios sociales ha estado en el último decenio entre el 1,5 y el 1,7 del PIB. En Alava cada año con un diferencial positivo entre 3 y 5 décimas. Bizkaia una décima por debajo.

El subsidio de paro, por ejemplo, tendrá una determinada cobertura en cada lugar. E igual sucederá con las prestaciones sanitarias, o con el ingreso mínimo de inserción, o con las posibilidades de acceso a una vivienda social... Hoy en día es cada sociedad, o cada Estado, el que decide cuántos recursos va a destinar a cubrir las necesidades sociales y económicas, de dónde se obtienen dichos recursos, y cómo se distribuyen. En un caso, por ejemplo, se da prioridad a las necesidades de atención a las personas de la 3.<sup>a</sup> edad; en otros, en cambio, se dedica una mayor parte de los recursos a facilitar el acceso de los jóvenes a las viviendas, o en atender a las necesidades de la población minusválida, o de las familias con hijos... Depende de muchas circunstancias y de opciones colectivas.

Y es precisamente aquí donde se encuentra uno de los principales retos para que los derechos sociales y económicos puedan hacerse realidad: no existen unos mínimos garantizados y, por tanto, exigibles en cualquier circunstancia.

En los últimos años se han llevado adelante iniciativas significativas para superar esta situación. Así, por ejemplo, la Unión Europea encargó a un «comité de sabios» la elaboración de una carta de derechos fundamentales, cívicos y sociales, a incorporar al Tratado de la Unión. Una carta europea que recogiera los derechos mínimos de todo ciudadano. La propuesta del comité, de hecho, recoge un buen número de derechos sociales o económicos.

Entre nosotros, la iniciativa popular promovida ante el Parlamento Vasco como alternativa al proyecto de ley del Gobierno contra la exclusión social respondía al mismo intento de fijar unos estándares mínimos. Es lo que la profesora Adela Cortina ha venido en llamar no Estado de Bienestar, sino Estado de Justicia.

Hoy por hoy la garantía de unos derechos sociales y económicos sigue siendo un reto, una meta no alcanzada. Pero, de inmediato, surge una pregunta elemental: garantía de unos mínimos, ¿para quiénes? La respuesta radical no puede ser sino ésta: para todos. Para todas las personas, por el simple hecho de ser seres humanos. Así lo exige la universalidad de los derechos.

Nada más lejos de la realidad.

Basta mirar a nuestro alrededor para encontrarnos con colectivos vulnerables y que no participan de los bienes sociales: extranjeros sin papeles, drogadictos, personas sin hogar, minusválidos, enfermos mentales, presos, y en cada uno de estos grupos mujeres y niños, más indefensos.... Y si extendemos nuestra mirada hacia el Sur, nos encontraremos con cientos de millones de personas que viven (o malviven) en la extrema pobreza. Por eso debemos promover una nueva lectura del derecho a la no discriminación.

Es cierto que siempre ha existido la pobreza. Y seguramente no es cierto que hoy exista más pobreza que en otras épocas. Pero lo que sí es verdad es que nunca ha existido tanta riqueza tan mal repartida.

El simple hecho de que las 225 personas más ricas del mundo posean tantos bienes como los 2.500 millones de personas que viven en la pobreza, el 47 % de la población mundial, es un insulto a los derechos sociales y económicos de estas personas.

800 millones de personas pasan hambre en el mundo (FAO).

40 millones de personas viven en la pobreza en Europa.

El indicador de riesgo de pobreza grave en la C. A. de Euskadi, a finales de 1996 era de 4,6 %, afectando a 31.092 hogares (Encuesta de Pobreza, GV 1996). En 1997, 16.472 hogares, lo que equivale a 45.990 personas recibieron el Ingreso Mínimo de Inserción (IMI).

El indicador de riesgo de ausencia de bienestar era 31,6 % del total de hogares, afectando a 212.961 hogares (misma fuente).

El 45 % de las discapacidades físicas y mentales de Bizkaia viven en una situación de precariedad económica (informe de DFB).

Unas 3.000 personas viven sin hogar, sin techo (sobreviven en las calles), del Gran Bilbao (según las propias instituciones) (Informe Bilbao-Metrópoli).

Si nos ceñimos a la población del Bilbao Metropolitano, un 5,6 % sufre una situación de «pobreza de mantenimiento grave», de carácter permanente. Es decir, no dispone de los recursos económicos suficientes para cubrir sus necesidades básicas de alimentación, vivienda, vestido... (datos EUSTAT, Informe de Progreso Bilbao Metrópoli 30). Si se amplía el criterio a quienes «padecen una ausencia de bienestar en lo que a satisfacción de estas necesidades básicas se refiere», se llega al 36,9 % del colectivo de habitantes del área metropolitana.

La tasa de paro de la población activa ronda el 20 % con acentuación especial para las mujeres (30 %) y para los jóvenes (43 %). La proporción de parados de larga duración (más de un año en paro y muchos más de 2 y 3) es tremendamente alto: más del 60 % del colectivo de parados.

Aunque la tasa de paro en la CAPV está disminuyendo en los cuatro últimos años (según los datos del EUSTAT), sigue siendo el doble de la tasa media de la UE. La precariedad y temporalidad de los contratos se mantiene como tónica.

A pesar de los crecimientos actuales de la economía vasca y de la recuperación de la actividad, su influjo positivo en el empleo no está siendo suficiente para recuperar el empleo destruido en las dos décadas anteriores ni para incorporar al colectivo de mujeres que ha irrumpido con fuerza en el mercado de trabajo en busca de su igualdad real.

La zanja que separa a los que tienen trabajo de los que no lo tienen produce una fractura social importante. Pienso, por ello, que el desempleo es el principal problema de Euskadi. Bajo los datos, fríos pero reveladores, de las estadísticas se esconden personas concretas, historias personales y familiares que saben de carencias y frustraciones y, con frecuencia, de humillaciones, de marginación, de desesperación y de ira.

Quiero recordar aquí en esta Universidad que durante varias generaciones ha promovido una cultura empresarial, que todavía hoy la vía principal y privilegiada para que la mayoría de los hombres y mujeres puedan participar de los bienes sociales sigue siendo la vía del trabajo. De ahí la importancia de crear trabajo y de distribuir trabajo, elementos característicos de la tradición empresarial.

Con todo, para asegurar la efectividad de todos los derechos, la propia Declaración en el artículo 28, que es como el broche de cierre de este bloque, señala que «toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional, en el que los derechos y libertades se hagan plenamente efectivos».

Este precepto, al que se le ha prestado muy poca atención, me parece, sin embargo, que es uno de los más importantes de la Declaración.

En los años 70 se habló del «enfoque estructural de los derechos», destacándose la importancia que tiene tanto la estructura interna de un país como la internacional para el adecuado disfrute de los derechos humanos. Estos sólo podrán llevarse a cabo si se instaura una estructura social que permita el desarrollo de los países, y si el contexto

internacional general facilita el despegue de los países pobres y una mayor redistribución de la riqueza en los países desarrollados.

La existencia de un orden internacional radicalmente injusto, que permite que las tres cuartas partes de la humanidad estén sumidas en el mayor abandono, sufriendo hambre, enfermedades y degradación medioambiental, es la más inadmisibles vulneración de los derechos humanos.

Durante estos cincuenta años de vigencia de la Declaración han sucedido dos acontecimientos históricos que van a determinar claramente el futuro más inmediato:

- a) Hemos asistido a un proceso descolonizador caso generalizado (en 1948 había 59 Estados; el 90 % de Africa estaba sometida a un estatuto colonial. En 1993 existían ya 171 Estados).
- b) Se ha producido el fin de la Guerra Fría con la caída del Muro de Berlín.

Dicho muy gráficamente la dialéctica Este-Oeste ha sido sustituida por la dialéctica Norte-Sur.

En palabras de Mayor Zaragoza, podemos decir que *«un sistema se hundió en 1989, porque, basado en la igualdad, se olvidó de la libertad. El sistema presente, basado en la libertad, correrá igual suerte si se olvida de la igualdad. Y de la solidaridad. El estrépito de la caída del «telón de acero» ha impedido escuchar el temblor que recorre los cielos del mundo vencedor de la Guerra Fría. Tenemos pues, por virtud y por interés, que redoblar en todos los ámbitos la fuerza contra la exclusión y la marginalización»*.

El ejercicio de la solidaridad así como la respuesta a las nuevas realidades emergentes definirán sin duda un nuevo escenario de la protección de los derechos en el siglo XXI.

Desde que en 1986 se declarara por la Asamblea General de Naciones Unidas el derecho al desarrollo, este derecho se configura como expresión del principio de solidaridad.

## 7.2. Los derechos civiles y las libertades

Respecto a los derechos llamados de primera generación, se llevan la palma en la percepción social de su mejor realización los correspondientes a los artículos 16 al 21. La no injerencia del Estado en la vida de



la persona y en el ejercicio de sus libertades: derecho al matrimonio, a la familia, a la propiedad; a las libertades de pensamiento, de conciencia y religión; de opinión y de expresión; de reunión y de asociación pacíficas; de participación en la gestión pública...

Dentro de este mismo bloque hay otros derechos para los que la percepción social es que en Euskadi están globalmente asegurados, pero con matices. Que «no hay esclavitud ni trata de esclavos» (art. 4), pero más del 60 % de las empleadas domésticas en Bizkaia se encuentran en situación ilegal. A todo el mundo se le reconoce su personalidad jurídica (art. 6), pero algún alcalde se niega a empadronar. «Todos tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley» (art. 7) y a buscar asilo en caso de persecución (art. 14), pero la legislación sobre extranjería y asilo es muy restrictiva. Toda persona tiene derecho a la seguridad jurídica, es decir a «un recurso efectivo, ante los tribunales» (art. 8), a no ser detenida arbitrariamente (art. 9), a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial (art. 10), a la presunción de inocencia y a la no retroactividad de la calificación de delitos y penas (art. 11). La introducción del sistema de justicia gratuita para quien la necesite ha contribuido a la mejor aplicación del disfrute de estos derechos. Pero la falta de medios y la lentitud en la administración de justicia hace que, como lo reconoce el Libro Blanco del Consejo General del Poder Judicial, los ciudadanos desconfíen de la tutela judicial efectiva.

Y, por fin, en este primer bloque de derechos fundamentales, la percepción sobre el disfrute real de los contenidos en los primeros artículos de la Declaración Universal es desgraciadamente el más bajo. El derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad (art. 2). El derecho a la integridad —a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes— (art. 5). El derecho a la no discriminación por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (art. 2).

Son los que protegen el cimiento mismo sobre el que se levanta toda la arquitectura de derechos humanos posterior y, sin embargo, los tenemos sin asegurar. Se refieren al reconocimiento absoluto del valor de la persona en sí misma.

#### DERECHO A NO SER TORTURADO (ART. 5)

En nuestra sociedad existe una sospecha, espontánea o inducida, sobre la utilización policial de la tortura o de los malos tratos como mé-

todo para lograr la autoinculpación de la persona detenida, o para obtener información acerca de otras personas y avanzar, así, en la investigación policial.

Como Ararteko, desde la presunción de inocencia, me enfrento periódicamente con esta sospecha: cada vez que recibo alguno de los dossieres o informes que recogen relatos de torturas, cada vez que los jueces condenan, practican diligencias o archivan denuncias en vía judicial y, sobre todo y de un modo directo, cada vez que los familiares de las personas detenidas, o ellas mismas, acuden a nuestra institución para solicitar nuestra intervención.

He citado la vía judicial que siguen muchas de las denuncias de torturas y malos tratos porque me preocupa. Es cierto que son pocas las condenas iniciales por estos hechos. Pero, tal vez, lo más preocupante sea la tardanza con la que se suelen producir los juicios, y las dificultades que deben superarse para poder celebrarlos. En una palabra: la aparente falta de colaboración entre las instancias policiales y judiciales para aclarar los hechos denunciados y corregir, en su caso, las actuaciones contrarias a la ley y a la dignidad humana.

En este sentido, me parece de especial trascendencia el último dictamen, de fecha 14 de mayo de 1998, del Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas, a raíz de la comunicación (o denuncia) presentada por una ciudadana vasca que, en su día, había sido detenida junto con su esposo por miembros de la Guardia Civil. El dictamen, en su apartado 8.2. dice lo siguiente:

«El Comité observa que, con arreglo al artículo 12 de la Convención, las autoridades tienen la obligación de iniciar una investigación *ex officio*, siempre que haya motivos razonables para creer que actos de tortura o malos tratos han sido cometidos, sin que tenga mayor relevancia el origen de la sospecha. El artículo 12 requiere igualmente que la investigación sea pronta e imparcial. Con respecto a la prontitud el Comité observa que la misma es esencial, tanto para evitar que la víctima pueda continuar siendo sometida a los actos mencionados como por el hecho de que, salvo que produzcan efectos permanentes y graves, en general, por los métodos empleados para su aplicación, las huellas físicas de la tortura y, con mayor razón, de los tratos crueles, inhumanos o degradantes, desaparecen en corto plazo.»

Así pues, es preciso seguir defendiendo la necesidad de investigar, incluso de oficio, siempre que existan indicios razonables sobre malos tratos o torturas. Ello implica asumir que se trata de un tema aún no resuelto.

Es posible que más de uno pueda pensar que se trata de un tema no resuelto aquí, pero plenamente resuelto en otros lugares, por ejemplo, con una mayor experiencia democrática, en otros países de nuestro entorno europeo... Desgraciadamente, los informes periódicos de una institución tan seria y fiable como el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (el CPT) no conducen a una conclusión tan optimista.

El CPT realiza visitas periódicas e inopinadas a centros de detención en los países miembros del Consejo de Europa. En el número 6 de la revista *Journal* se recogen, de modo resumido, las conclusiones a las que ha llegado el Comité Europeo tras ocho años de visitas a unos treinta países europeos. Se refiere concretamente a los riesgos para una persona privada de libertad por la policía de ser maltratada. Los términos elegidos por la CPT para reflejar la situación de cada país han sido muy ponderados: «*existe un grave riesgo*»; «*existe poco riesgo de ser físicamente maltratado*»; «*el riesgo para una persona, en particular de origen extranjero, no se puede descartar*»; «*corren un riesgo serio de ser maltratadas por la policía en el momento de su arresto y durante las primeras horas de su detención*»; «*corren un riesgo nada despreciable de ser maltratadas*»; «*los malos tratos constituyen un fenómeno relativamente corriente*»... Téngase en cuenta que estas conclusiones no se refieren, por ejemplo, a Turquía, país para el que se concluye que «*la práctica de la tortura y demás formas de tratos graves infligidas a personas detenidas por la policía siguen siendo una práctica ampliamente extendida*», sino a países como Alemania, Bélgica, Francia, Italia o Portugal, por citar algunos relativamente cercanos.

Aunque la lectura de una conclusión aislada no permite captar todos los matices, es posible obtener una visión general comparativa sobre los riesgos y los problemas de tortura y de malos tratos infligidos por la policía en Europa.

Y en lo que se refiere a España, tras las visitas periódicas en 1991 y 1994, el CPT, después de alegrarse porque el recurso a la tortura no sea ya una práctica corriente, señala que «*sería prematuro concluir que el fenómeno de la tortura o de los malos tratos graves ha sido erradicado*».

A una institución garantista de los derechos humanos como la del Ararteko le preocupa esta situación. Prueba de ello son las peticiones de intervención dirigidas al Defensor del Pueblo, en lo que afecta a actuaciones de la Guardia Civil y de la Policía Nacional, o las intervenciones realizadas ante los responsables del Departamento de Interior del Gobierno Vasco en lo que se refiere a actuaciones de la Erzaintza.

En mi último informe anual al Parlamento Vasco destacaba la necesidad de eliminar los espacios y tiempos opacos que pudieran amparar la impunidad. Esta es la única garantía de respeto a los derechos de todas las personas: tanto de la integridad física de las personas detenidas, como de la buena fama de los agentes policiales.

La primera condición para erradicar tales prácticas es aceptar su posibilidad real. Y, en consecuencia, desde una perspectiva eminentemente preventiva, poner todos los medios para evitar tales prácticas. Estos son algunos medios posibles:

- supresión de los tiempos de incomunicación;
- utilización de medios técnicos de grabación;
- presencia e intervención de abogados y jueces en las investigaciones policiales;
- visitas, sin previo aviso, de las instituciones garantistas a los lugares de detención;
- nulidad de las informaciones obtenidas mediante presión;
- puesta inmediata en manos del juez de las personas que se acogen a su derecho de no declarar ante los agentes policiales...

Y si los medios preventivos no resultan suficientes, se impone la investigación y utilización de medidas ejemplarizantes:

- investigación de oficio ante la sospecha de malos tratos;
- colaboración policial en el esclarecimiento de las denuncias;
- rapidez —no dilación— en los juicios;
- cumplimiento ejemplar de las sentencias;
- y algo apenas contemplado en nuestro sistema: reparación a la víctima.

Hay que conseguir lo que exige la Declaración Universal en su artículo 5: «*Nadie será sometido a torturas ni a penas ni tratos crueles, inhumanos o degradantes.*»

Estoy convencido plenamente de la posibilidad de lograrlo. Basta la voluntad de quererlo y su plasmación en la puesta en marcha de medidas como las citadas.

### DERECHO A LA VIDA (ART. 3)

Es duro y triste reconocerlo pero hay que constatar que, 50 años después de la Declaración y 20 años después de su constitucionalización,

zación en España, no hemos conseguido afianzar este valor absoluto en nuestra convivencia en Euskadi. No hemos conseguido aplicar el deber que la propia Declaración deduce, en su artículo 1, del gran principio de que todos los seres humanos nacen libres e iguales, dotados de razón y de conciencia, y que es el siguiente: «deben comportarse fraternalmente los unos con los otros». Y, sin embargo, Caín ha andado suelto en Euskadi.

Por un lado, se ha conseguido un avance importante de la conciencia abolicionista de la pena de muerte, con su plasmación legislativa, primero en la Constitución, en su artículo 15, con aquella salvedad: «en lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra». Y después, hace tres años, con la abolición absoluta también para tiempo de guerra, por Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre.

Por otro lado, sin embargo, hasta hace bien poco tiempo la sociedad vasca ha sido un ejemplar anacrónico de violencia: un conjunto social escasamente vertebrado en el que parecía imposible la convivencia pacífica; un colectivo en el que, en Europa y a las puertas del siglo XXI, se seguía recurriendo todavía a las armas, a la extorsión y a la muerte como medios para imponer opciones de naturaleza política. La ciudadanía ha tenido que reivindicar con urgencia y firmeza el derecho a la vida como absoluto e incondicional. Y recordar con sus movilizaciones que no hay causas, ideales, patrias o revoluciones que justifiquen que una persona mate a otra. Esperemos que tanto esfuerzo dé por fin sus frutos y que consigamos que la paz sea definitiva: «ahora y para siempre».

En los últimos veinte años al menos 894 personas han perdido la vida como consecuencia de las distintas formas de terrorismo en España. En estos veinte años 57 ciudadanos han sido secuestrados, privados injustamente de su libertad. El rostro de José Antonio Ortega Lara al llegar a su casa de Burgos y las imágenes del agujero donde le retuvieron son suficientemente expresivas de la gravísima conculcación del derecho a la libertad.

La extorsión sistemática como consecuencia de secuestros y del envío de cartas amenazantes, ha tenido como objetivo recaudar fondos para la continuidad del terrorismo y también la de intimidar a empresarios y a profesionales.

La extensión indiscriminada de los atentados con coche-bomba, así como la ampliación selectiva de asesinatos contra personas pertene-

cientes a grupos determinados (guardia civil, policía, militar, fiscal, peiodista, ertzaina, abogado, catedrático, cargo público, funcionario de prisiones, concejal del PP...), en función de las campañas específicas de ETA, han tenido como objetivo estratégico el intimidar, colectivo a colectivo, al conjunto de la sociedad.

Las algaradas callejeras y los sabotajes premeditados, con destrucción vandálica de bienes públicos y privados, han prolongado la pretensión intimidatoria a todo viandante, vecino, testigo o espectador de los hechos a través de los medios de comunicación.

Los ciudadanos y ciudadanas se han sentido agredidos por ETA en sus derechos y libertades. Cada vez un mayor número de ciudadanos se ha percatado de que la pervivencia del terrorismo estaba atentando contra las conquistas democráticas más básicas y por eso se han pertrechado de valor y de firmeza democrática para defenderlas. Pero también, en determinadas coyunturas, ha cundido el desestimiento, la tentación de ceder para que nos dejen en paz. Este es —creo yo— el peor atentado, porque afecta a la dignidad de la persona en su propia raíz. Consigue doblegar el pensamiento libre, por el efecto difuso de la amenaza y del acoso. Ese ha sido el caldo de cultivo social que todos los fascismos han provocado para crecer.

#### EL FUTURO INMEDIATO: CONSTRUIR LA PAZ

En este momento, en diciembre de 1998, nos encontramos con la perspectiva de que esta macabra pesadilla real pueda tener fin. El anuncio de tregua indefinida por quienes continuaban atentando contra el derecho a la vida ha introducido en la sociedad un cierto alivio. Se ha visto que el negro agujero sin fin puede ser un túnel con salida. Y se ha empezado por el único sitio acertado: que los que matan dejen de matar. Hay que seguir exigiéndoles que lo dejen para siempre.

Hace unos días unos amigos de Gesto por la Paz me pedían la opinión respecto al peso que habrá tenido en el mundo del MLNV la movilización ciudadana en contra de la violencia para que hayan llegado a la decisión de la tregua. Siempre he comparado la construcción de la paz con la de un inmenso puzzle. Lo importante es que cada uno pongamos nuestra pieza. En el camino que ha llevado a la tregua han intervenido muchos vectores, antagónicos algunos, convergentes los más. Y cuando se suma masa crítica suficiente las reacciones sociales se precipitan.

En el coloquio que siguió a la conferencia sobre «el puzzle de la paz» que di en la Universidad de Sevilla, el 25 de marzo, uno de los participantes me preguntó: Pero, ¿no va a haber final? ¿Nos tenemos que resignar con fatalismo? Mi respuesta espontánea, más intuitiva que racional, fue esta: Me dice el olfato que esto se va a acabar como el muro de Berlín. Una noche se cae el primer ladrillo de aquel anacronismo y, en cascada, desaparece el muro y hasta el bloque mismo de la superpotencia. Detrás del muro se había concentrado tal masa crítica de necesidad de derribarlo que un suave viento de «perestroika» bastó para llevárselo.

Aquí han sido muchos los factores que han generado esa masa crítica de necesidad de terminar con nuestro inmoral anacronismo. Se habla del impulso que ha supuesto el Pacto de Ajuria Enea, de la eficacia policial y de la iniciativa judicial, de la colaboración internacional, de las dificultades organizativas en clandestinidad en una Europa tan distinta, del movimiento pacifista, de la movilización ciudadana, de la firmeza para no ceder al chantaje, de los acercamientos políticos con vocación de hacer un sitio para todos y de los pactos. Todos estos factores y más serán analizados por unos u otros desde perspectivas diversas, todas legítimas, a veces interesadas, y priorizarán alguno de ellos en función de parámetros impregnados de inevitable subjetividad.

Pero esos análisis se hacen desde fuera. Para saber cómo ha influido realmente cada factor es preciso que la propia base social que ha apoyado hasta ayer mismo la violencia tome conciencia refleja del proceso que ha vivido. Que se mire en el espejo. Tendrá que pasar un cierto tiempo para que se suavice la retórica, se acepte la pluralidad, se parta de la realidad, se renuncie a la auto-exclusión y, en fin, que estemos todos ya en una sociedad reconciliada.

Tal vez sólo entonces podrán contarlo. ¿Cómo percibieron la movilización social que les pedía que se sumasen al ¡Basta ya!? Si se percataron de la alegría de la gente por la liberación de Ortega Lara rescatado por la Guardia Civil de aquel zulo siniestro. Si les llegó la angustia de tantas personas que durante 48 horas pidieron clemencia para Miguel Angel Blanco. ¿Qué les sugerían aquellos miles de carteles con su fotografía, aquella multitud de manos en alto pintadas de blanco? ¿Qué sintieron y qué pensaron cuando la gente les señalaba con el dedo, en cada pueblo, como cómplices de aquel asesinato? ¿Y tras cada nuevo asesinato de un concejal del PP por pensar distinto?

Cada persona habrá tenido sus propios sentimientos y sus propias reflexiones, pero en cierta medida se habrán colectivizado los elementos más comunes.

¿Se han percatado de la magnitud de la firmeza democrática de la ciudadanía? ¿Han percibido en el grito «¡Vascos, sí; ETA, no!» el anhelo de un inmenso abrazo de inclusión? ¿Han visto el apoyo social al Estado de derecho como un muro en el que rebotaban, cual bumerán, sus agresiones? ¿Han observado que cuanto más socialización del sufrimiento han ejercido, más aislamiento han recogido? ¿Han sentido que se quedaban solos en Europa sin siquiera la compañía del IRA? ¿Han avistado el proceso de paz en Irlanda como la ola a la que subirse para, hundido el barco de la guerra, salvar al menos la política?

La alegría expresada por propios y ajenos ante las expectativas de final feliz apuntadas por la tregua es también una expresión de movilización social. Esa alegría de todos y el excelente resultado electoral, ¿les ha reforzado en la apuesta exclusiva por las vías democráticas?

El primer ladrillo de nuestro «muro de Berlín» ha caído. Por el empujón de todos. Por fin podemos acabar bien la transición, que aquí tan mal ha ido y tanto ha costado. Para ello será necesario que la ciudadanía mantenga bien alto su clamor de libertad, libertad, libertad.

Nuestros representantes políticos deberán hacer su labor en el campo de la política, para favorecer la normalización de la convivencia institucional a partir de unas reglas de juego asumidas lealmente por todos.

### *La ciudadanía constructora de paz*

El «final dialogado de la violencia», planteado en el Acuerdo de Ajuria Enea, debe ser, en todo caso, fruto de la firmeza y de la mano tendida también en el tejido social. El diálogo político, realista y generoso, puede y debe hacer de catalizador, de favorecedor. Pero, además, será preciso un gran esfuerzo cívico, en el seno de la sociedad civil, para remontar las consecuencias de tantos años de acumulación de sufrimiento. Quiero destacar aquí la que considero más grave por lo que supone de obstáculo fundamental para construir, en positivo, la paz. Me refiero a la fractura social.

Nuestro único conflicto es un conflicto de convivencia: entre algunos vascos y otros vascos y entre algunos vascos y los españoles. Al menos así lo viven los nacionalistas radicales, con independencia de las siglas políticas bajo las que se cobijen. Los conflictos de convivencia tienen muy difícil solución. Pero sí pueden tener un arreglo. Por eso, suelo encabezar mis reflexiones sobre la paz con aquella frase de Séneca:



«Sólo una cosa nos puede dar la paz: el contrato de indulgencia mutua».

La pluralidad de planteamientos o las discrepancias entre proyectos políticos son características propias de cualquier sociedad moderna y plural. Sin embargo, en pocos casos esas diferencias llegan a producir un grado de fractura social como el que se da en la sociedad vasca, con incidencia directa en ámbitos como la vida familiar, los círculos de amigos o las relaciones sociales y laborales. Esta fractura social tan honda no está originada por las diferencias culturales, sociales o políticas, sino por la presencia del referente violento, que se ha convertido para algunos en el elemento más importante para su identificación nacional y cohesión grupal. El hecho real de que unos ciudadanos hagan algo tan fuerte como matar a otros por la «causa» de la nación o de la patria, confiere a ésta a los ojos de otros conciudadanos un valor simbólico desmesurado, absoluto, sacro incluso y, desde luego, nada civil. Nada hay tan intolerante como matar al que piensa distinto.

Imagínense Vds., por el contrario, que el referente violento en su totalidad (Triple A, Batallón Vasco Español, GAL, Comandos Autónomos, ETA político-militar, ETA militar) no hubiese existido nunca o, al menos, hubiese desaparecido en los años 70. En esa hipótesis, hoy la confrontación entre los diferentes proyectos, incluido el independentista, se haría de forma civilizada. Como en Cataluña. Como en Quebec, acaso. Estaríamos ya en una muy rodada convivencia democrática normalizada, es decir, sujeta a normas asumidas por todos.

Pero desgraciadamente no ha sido así. ETA ha perdurado hasta hoy. La interpretación de la historia como un campo de batalla entre el bien y el mal, tan propio de todos los fanatismos, ha sido alimentada desde la presencia fáctica de quienes asumían el papel de salvadores y de vanguardia armada. Los efectos, en su base social, de resentimiento, de odio étnico o cultural contra el otro —el español o el «mal vasco»—, el irredentismo, el sadismo que ha aplaudido los crímenes... hacen muy difícil superar la fractura de nuestra sociedad.

La semana pasada me entrevisté con representantes de víctimas vascas de la violencia. Me comentaron sus vivencias y su manifiesto. Este termina así: «Sin el abandono definitivo de la violencia y el terrorismo, sin reconocimiento del daño causado y sin atención a las víctimas es imposible la reconciliación. A partir de estos tres supuestos, será cada víctima la que decidirá si quiere llevar a efecto esta reconciliación. No queremos ser también víctimas de la paz».

Por eso considero tan importante conseguir la des-militarización de mentes y actitudes. No podemos admitir la ingerencia de las armas en la esfera política, ni siquiera como amenaza porque vigilan y pueden volver. No hay juego en libertad si uno de los jugadores pone la pistola encima de la mesa, o debajo. Tampoco debemos tolerar los persistentes actos de matonismo callejero o domiciliario ni los incipientes brotes de matonismo sindical. Porque son actos que obedecen al mismo resorte mental: coaccionar con la amenaza de la fuerza.

Si la situación de violencia en Euskadi ha durado ya más de veinte años en democracia, necesitaremos bastantes años para superar la fractura social. Entre las víctimas y sus victimarios. Entre las mentalidades totalitarias y las tolerantes. Entre los educados en su infancia y juventud en valores de respeto y pluralismo y los educados en actitudes de exclusión del otro, hasta el extremo de justificar la exclusión total, el asesinato.

No estoy hablando ahora de la simple superación del terrorismo, sino de la consolidación de unos valores (el valor de la persona, de la vida, el valor de la diferencia, el valor de la reconciliación...) que suturen la fractura. Se trata de construir un modelo de convivencia donde todos encontremos nuestro sitio. Estoy hablando, por tanto, de la regeneración ética, y también política, de una sociedad que ha convivido tantos años con la presencia de un referente violento, el cual ha contaminado y pervertido ideas, palabras actitudes, símbolos, relaciones... Es hora, por tanto, de potenciar lugares de encuentro, de curar heridas y derribar muros intracomunitarios —fronteras internas— levantados por la violencia.

## 8. Conclusión

Tanto en la perspectiva diacrónica, a lo largo del tiempo, desde 1948 hasta hoy, como en la perspectiva sincrónica, si nos comparamos hoy con los países nórdicos o con el Sur, el balance de la situación de los derechos humanos puede empezar a ser relativamente positivo en su conjunto.

La tarea pendiente consiste en superar la doble división que nos afecta. También nosotros, en nuestra sociedad vasca, somos un mundo dividido. Estamos doblemente divididos: por la fractura social producida por la violencia y por la sociedad dual originada por el acceso o no al trabajo.

«Dondequiera que los hombres y mujeres estén condenados a vivir en extrema pobreza, se violan los derechos humanos». (J. Wresinski, impulsor del Movimiento Cuarto Mundo).

Los retos importantes inmediatos, por tanto, son dos: afianzar el proceso de paz y crear empleo.

Víctor Hugo escribió que «en el campo de los derechos humanos siempre hay más tierras prometidas que terrenos conquistados». Terminó invitándoles a Vds. a seguir caminando.



# La Abogacía y los Derechos Humanos

por **D. Joaquín Ruiz-Giménez,**  
**D. Eugenio Gay Montalvo,**  
**D. Luis Delgado de Molina y**  
**D. Carlos Suárez González**

*Mesa Redonda celebrada  
el 15 de diciembre de 1998*

Forum Deusto



## Intervención de D. Joaquín Ruiz-Giménez\*

Sr. Decano de este Colegio, Sr. Presidente del Consejo General de la Abogacía, estimados colegas, señoras y señores.

Sólo por el privilegio de llevar 50 años conviviendo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos he aceptado estar aquí y ahora. Si 50 años no son muchos años, lo mío es un testimonio de una experiencia de medio siglo muy profundamente vivida. Antes de una reflexión muy somera quiero agradecer la generosa invitación, muy especialmente a la Universidad de Deusto, que de algún modo es mi Universidad puesto que me hicieron el regalo de concederme en ella el *Doctorado Honoris Causa*. No lo puedo olvidar y conservo el mejor recuerdo de aquellos instantes, como también del ilustre Colegio de Abogados de Vizcaya, de gran tradición. He tenido la suerte en mi vida de conocer a varios de sus dirigentes y a muchos de sus letrados, inolvidables para mí. Tras esto he de excusarme por no haber podido redactar un texto académico, digno de este lugar y de esta ocasión. Todas las Universidades de España y casi todos los Colegios de abogados se han sentido en el deber de convocar actos semejantes, a lo largo de este año, y ya uno se siente excesivamente repetitivo.

Me ciño a tres puntos de reflexión, porque toda experiencia tiene un pretérito, un presente y una perspectiva de futuro. El primer punto será el ayer de la protección normativa de los derechos humanos fundamentales y la intervención que en ella tuvieron en este medio siglo, abogados ilustres de muchos países y entre ellos muchos españoles. El

---

\* Joaquín Ruiz-Giménez es abogado. Fue Ministro y Defensor del Pueblo y en la actualidad es Catedrático y Presidente de Unicef España. Es Doctor Honoris Causa por la Universidad de Deusto.

hoy, una realidad entre sombras y luces, muy problemática en muchos aspectos por lo que está ocurriendo en el mundo, especialmente con algunos tipos de derechos humanos fundamentales. Desde ahí, hacia el futuro, un reto y una esperanza; y, dentro de ello: ¿cuál es la función que nos incumbe a los abogados en ejercicio o no ejercientes? Tengo la suerte de que a lo largo de mi vida ejercí la profesión, desde el año 40, recién muerto mi padre y terminada la guerra civil, sin más que dos lagunas; el tiempo que fui Embajador y el que fui Ministro de Educación Nacional. Fuera de ello he sido abogado en ejercicio, por ese privilegio que tenemos los abogados de no jubilarnos. Nos jubila la Providencia en un momento determinado, cuando cree que hemos cumplido con lo que teníamos que cumplir y nos vamos al otro mundo.

1. *El ayer en el plano normativo*: Puede decirse, sin faltar a la verdad, que ese ayer es sustancialmente luminoso, aunque tenga momentos oscuros. La Declaración Universal del 48 nace, como todos sabemos, a raíz del desastre de la II Guerra Mundial, inspirada por un humanismo muy profundo, por personas creyentes y no creyentes, por iusnaturalistas y por positivistas. Hubo en su gestación, intervenciones de juristas eminentes sobre todo, René Cassin.

Desde ese momento la Declaración Universal adquiere una extraordinaria fuerza expansiva. No era más que una «Recomendación», pero como encarnaba una opinión colectiva, fue generando una serie de declaraciones y también de convenios, hasta culminar en los grandes tratados vinculantes de 1996. El Pacto internacional, de derechos civiles y políticos y el de derechos económicos sociales y culturales; y una nueva serie de convenios muy importantes, referentes a los derechos de las mujeres, a los derechos de la infancia, etc.

Así ese proceso culmina en la Convención de los derechos del niño de 1989, que es realmente una Carta Magna de la infancia y de la juventud (1989), en cuyo noveno aniversario estamos. El año que viene tendremos que peregrinar por toda España, conmemorando el primer decenio de un texto tan esencial. Por otro lado, sincronizadamente, el Consejo de Europa promulgó la Convención europea de derechos humanos y la O.E.A. impulsó la Convención de los Derechos humanos en América, el Pacto de San José de Costa Rica. Puede decirse que quedaban casi cubiertas todas las necesidades en materia tan fundamental, además de algunos convenios singulares, como las reglas de Beijing en materia de Derecho penal, etc. A la Declaración Universal del 48 le debemos por consiguiente, todo ese conjunto de normas que, en principio, cubre y protege todos los derechos humanos fundamentales,



desde el derecho a la vida hasta el derecho a la participación política, en suma, todos los derechos civiles y políticos, y también los derechos económicos, sociales y culturales. Faltaba algo decisivo que, felizmente se ha cubierto este año del cincuentenario: un Tribunal Penal Internacional, porque si bien en la Declaración Universal del 48 y en los Pactos de derechos civiles y políticos del 66, como también en la Convención europea de 1950 se preveía que uno de esos derechos fundamentales, sería el derecho a un recurso efectivo ante la Administración de Justicia de cada país, gran verdad es que esa protección efectiva no se logró a nivel universal, cuando los quebrantos más grandes de los derechos humanos fundamentales trascendían las fronteras. Hacía falta un Tribunal Penal Internacional y eso se ha conseguido, repetimos durante este año con el Tratado de Roma. En estos últimos 50 años he tenido el privilegio, pues, de vivir la Declaración Universal y todos esos pactos, declaraciones a veces y pactos vinculantes y el gozo de saber que el máximo de ratificaciones por los Estados de la ONU, ha sido logrado precisamente por la Convención de los derechos del niño de 1989, con 194 ratificaciones, y con la característica importante de que mientras los Pactos del 66 tuvieron que ser dos, muy diferenciados, porque no se ponían de acuerdo los Estados en cuanto a reunir los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, en la Convención de los derechos del niño se logró la conjunción de ambos tipos de derechos fundamentales. Es por tanto una joya.

2. *El momento actual.* La realidad vivida es grandemente problemática. Hay dos varas para medir el grado de incidencia de la Declaración Universal y de los Pactos por ella generados. La vara de medir para los derechos civiles y políticos nos revela que en materia de esos derechos, derechos de libertad, se ha dado un paso inmenso. Cuando la Declaración Universal se promulgó, estaban todavía coleando los dos Estados totalitarios vencidos en la II Guerra Mundial, el alemán y el italiano, pero subsistía el soviético y quedaban dictaduras, regímenes dictatoriales, en muchos países de Europa, entre ellos España, Portugal, etc. En el transcurso de esos 50 años, casi todos esos países han pasado ya a *estructuras democráticas*, en donde los derechos civiles y políticos han obtenido una protección muy relevante aunque queden todavía Estados con regímenes autocráticos, sobre todo en Asia, en Africa y alguno en Iberoamérica. En conjunto, en la batalla por los derechos civiles y políticos de los ciudadanos del mundo se han conseguido avances decisivos, aunque subsistan, por desgracia, algunos gobiernos despóticos, y fundamentalismos muy cruentos, incluso algunos bajo formas aparentemente democráticas como Argelia y algunos más.

Donde se nota un déficit tremendo —segunda vara de medir— es en los derechos de igualdad y de solidaridad humana. Eso ocurre con los derechos económicos, sociales y culturales, garantizados por uno de los Pactos del 66, como también es patente en los derechos de las niñas y niños del mundo, con un tremendo déficit en muchos países del mundo, incluso en países industrializados y ricos. Por si fuera poco, persisten conflictos armados, aunque sean de las llamadas «guerras convencionales», que producen un gran número de víctimas, con los bombardeos, las minas anti-personas, etc. Este negro capítulo afecta muy estremecedoramente a los derechos de las niñas y niños del mundo. Más de 2.000.000 de menores han muerto en los conflictos de los últimos 20 años, y 10.000.000 han quedado enormemente lisiados. Añádanse las demás violencias y crueldades, que no han sido prevenidas a tiempo, ni enjuiciadas y sancionadas.

Nadie puede olvidar que siguen muriendo 35.000 niñas y niños diariamente en el mundo por causas evitables, ligadas a injusticias socioeconómicas que generan la pobreza crítica (carencias de vacunación, nutrición, de medicación, de asistencia sanitaria, de agua potable, etc.) Tremendo quebranto de unos derechos tan fundamentales como los derechos de libertad. La Conferencia de Teherán de 1968, subrayó, en efecto, que son inescindibles los derechos de libertad y los derechos económicos, sociales y culturales. Añadamos que simultáneamente se quebrantan los valores y preceptos de solidaridad efectiva acordados en 1975 por las Naciones Unidas y aceptados por los Gobiernos con el deber de aplicar el 0'7 % del Producto Interior Bruto a la cooperación internacional. El Orden económico internacional es tremendamente injusto, y no podemos conmemorar gozosamente la declaración de 1948 sin tener en cuenta este otro aspecto, que no anula el aspecto luminoso de las libertades y del respeto más general de los derechos civiles y políticos, pero que evidentemente nos obligan y se nos clavan en el corazón como retos que hay que superar. Insisto, para concluir este punto en que quedan *inmunidades* muy serias respecto a los que han sido violadores, quebrantadores sistemáticos de los derechos fundamentales. Esperemos que el Tribunal Penal Internacional lo resuelva y que no tengan que resolverlo los Tribunales nacionales, a trancas y barrancas, haciendo una interpretación problemática de las normas internacionales en la materia.

Quizá el llamado caso Pinochet sirva para que se den en cuenta los países que tenían reticencias y que, incluso, ponían obstáculos para aprobar el Tratado de Roma, que ese Tribunal Penal Internacional es absolutamente indispensable.

3. Los abogados debemos de tener en cuenta la tarea que se nos viene encima con la creación del Tribunal Penal Internacional. *El mañana es un reto y es una esperanza*. Es un reto a la Comunidad Internacional, pues es evidente que muchas de esas violaciones de los derechos de libertad y también de los derechos económicos, sociales y culturales, se deben a un déficit de justicia social en el Orden socio-económico internacional. Es imposible que los países llamados en vías de desarrollo lo resuelvan por sí mismos. Lo tiene que resolver la Comunidad internacional y dentro de ella es un reto para cada gobierno. Sobre cada gobierno debemos de influir nosotros, abogados o no abogados, pero los abogados tenemos la ventaja que hablamos con más holgura, y con más temeridad, «oportune at que oportune». Somos los abogados los que tenemos que seguir insistiendo en que hay un déficit enorme en el respeto a los derechos de libertad en muchos países todavía, pero sobre todo a los derechos económicos, sociales y culturales en casi todos los países. Los gobiernos del mundo de la riqueza, y los gobiernos del mundo de la pobreza tienen unas obligaciones indeclinables. Ese también es un reto para las iglesias y demás confesiones religiosas, y las ONG's que tienen que proceder con más eficacia, con más sentido de la enorme responsabilidad en nombre de la sociedad civil para superar todas esas carencias y para denunciar y superar todos esos quebrantos. Nosotros, los abogados tenemos una hermosa y doble misión, unas veces como defensores de esos derechos humanos fundamentales y otras veces, más agriamente, pero también eso entra dentro de nuestros deberes, como acusadores de quienes quebrantan esos derechos. Hay así un campo muy importante para que esos déficits que quedan, esas carencias que se señalan en la vigencia efectiva de los derechos humanos fundamentales se superen. Recordemos los *principios básicos*, hermosos principios, aprobados por el 8.º Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y rehabilitación de los delinquentes celebrado en La Habana en 1990. Son 29 principios de singular importancia, que a todos deben guiarnos e impulsarnos, frente a todos los obstáculos. La Comisión Internacional de juristas de Ginebra, que me honré en presidir algún tiempo, insiste sin fisura en la independencia de los abogados, para asumir esas defensas, para acusar cuando sea necesario, para ofrecer todas las garantías a la persona que es defendida por ellos y a ellos mismos, para enfrentarse con los poderes públicos que intenten cometer graves infracciones y puesto que he mencionado el Tribunal Penal Internacional, hemos de asumir a fondo el Tratado de Roma, requerir a nuestro gobierno para que sea uno de los primeros que lo ratifique y se logren sin tardanza 60 ratifica-

ciones necesarias para que entre en vigor el Tratado, conocer a fondo, las leyes que rigen esta materia y aprender el idioma, o los idiomas, que hayan de utilizarse.

Todo esto, colegas y amigos, como reto, pero también con indeclinable esperanza. Tenemos que ganar muchas batallas, poniendo mucha inteligencia, mucha imaginación, y mucho corazón. Puesto que estamos en 1998 y dentro de muy poco entramos en un nuevo siglo, oigamos a dos poetas de la generación del otro 98. Antonio Machado nos recuerda que: «*Un corazón solitario / no es un corazón*». Hagamos, pues, que nuestro corazón haga frente a todas las violaciones de los derechos humanos fundamentales, unidos a quienes sufren su violación en cualquier lugar del mundo. Pero hagámoslo con una invencible esperanza, y digamos con Juan Ramón Jiménez: «*Estoy triste de hoy pero contento para mañana*». Tristes de hoy cuando vemos las tremendas infracciones que aún subsisten de derechos humanos fundamentales, pero contentos para mañana porque la victoria la tendrán la justicia y no la impunidad.

## Intervención de D. Eugenio Gay Montalvo\*

Muchas gracias Sr. Decano; Sr. Ruiz-Giménez, compañeras, compañeros, y amigos todos.

En primer lugar, mi agradecimiento más sincero al Forum Deusto, a su Director, a la Facultad de Derecho, a la Universidad por esta invitación.

Y al mismo tiempo, mi felicitación más sincera por el Programa extraordinario que a lo largo de este Curso han venido desarrollando en conmemoración de este Cincuenta Aniversario de los Derechos Humanos.

Yo difícilmente voy a poder añadir nada a lo que ha dicho un jurista tan eminente, pero sobre todo un hombre tan fantástico y extraordinario como es D. Joaquín Ruiz Giménez, que es aquello que desde siempre hemos oído hablar y que también, con tantísimo acierto, también un poeta como Neruda dijo que era un verdadero libro abierto.

Es decir, aquellas personas que su vida son el testimonio y su vida son el código, de alguna forma, de conducta que nos sirve a nosotros de guía.

Qué duda cabe que Joaquín Ruiz Giménez ha sido para muchos de nosotros, y sigue siéndolo, esa guía; como lo fue otro gran amigo y maestro, Pettití, al cual quiero ahora recordar, porque él, que durante dieciocho años fue Juez en el Tribunal de Estrasburgo y que sustituyera

---

\* Eugenio Gay Montalvo es abogado, Presidente del Consejo General de la Abogacía Española, Presidente de la Comisión de Derechos Humanos de la Unión Internacional de Abogados, Antiguo Decano del Colegio de Abogados de Barcelona y Miembro del Consejo de Estado.

a René Cassin, a ese gran Abogado y Jurista, uno de los redactores de la Declaración que hoy celebramos del Cincuenta Aniversario y que fue Decano de París, con su ejemplo, también, fue no solamente un libro, sino una conducta que marcaba de forma inequívoca los pasos que debe seguir el Abogado.

Y yo debo decirles que cuando tuve la suerte y el honor de poder ir por primera vez a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, cuando ya llevaba unos cuantos años ejerciendo la profesión y me pude pagar el viaje a Ginebra, en representación en aquel momento de los Juristas Católicos de Pax Romana, quien había sido Profesor mío en el Instituto de Derecho Comparado y en aquellos momentos presidía la Asamblea de Derechos Humanos de Naciones Unidas en Ginebra, el Profesor Coigemans, que luego sería Ministro de Asuntos Exteriores de su País, empezó su discurso de una forma que yo creo que me ha marcado en cuanto a la manera de entender el Derecho.

El decía: «En estos momentos en que hago uso de la palabra para inaugurar esta...»; no recuerdo qué número; «Asamblea de la Comisión de Derechos Humanos, están muriendo de hambre cuarenta mil niños cada día» ...

Hoy, nos decía D. Joaquín que son treinta y cinco mil las personas que mueren de hambre.

Ver a un Profesor admirado y a un Jurista eminente que las primeras palabras que dedica a un Discurso de Apertura de una tan importante Asamblea Internacional tuvieran que hacer referencia a una monstruosidad, ya no jurídica, sino moral, ética, de sensibilidad, y que todos aquellos personajes, para mí importantísimos, fueran incapaces de darle solución a un problema tan grave, sin duda alguna influyó en mi forma de entender el Derecho y en mi postura frente a los problemas que, como Abogado, se me planteaban hasta ese momento.

Y sin duda alguna, esta Mesa Redonda nos pide que hagamos una reflexión sobre la Abogacía y los Derechos Humanos.

Pues yo diré que el papel de los Abogados, a través de todos los tiempos, a través de todos los siglos, desde que el hombre es hombre, ha sido precisamente tomar en defensa los intereses de sus conciudadanos, de sus iguales.

Y eso lo ha hecho y lo ha tenido que hacer necesariamente desde la independencia.

No ha podido ser jamás el alter ego de su cliente, porque de esta forma hubiera sido arrastrado por el cliente en su problemática y su defensa hubiera sido inútil.

Lo ha tenido que hacer desde la independencia, porque sin una fortaleza a su lado era un muñeco en manos de los Poderes y de los Poderes que, de alguna forma, tenían a aquel conciudadano suyo delante para ser juzgado o para juzgarle.

Y no hay Defensa sin Democracia. No hay Defensa sin contradicción. No hay Defensa sin garantías. Y no hay Defensa sin Justicia, ni Justicia sin Defensa.

Esta es una lección que, a través de todos los siglos, ha aprendido también el Hombre y ha aprendido el Abogado.

Yo les diré, para que tengan Uds. simplemente una idea aproximada de la importancia que tiene el papel de los Abogados en la Democracia, que en un mismo País y una misma Cultura y en un mismo tiempo, hace cuatro días, Alemania, dividida en dos, el mismo día de la caída de Berlín, tenía cincuenta y cinco mil Abogados en la Alemania Occidental; y ochocientos Abogados en la Alemania del Este ...

Un País como Polonia, en el momento de su transición, con una población y una extensión similar a la de nuestro País, España, tenía dos mil cuatrocientos Abogados ...

Y todos aquellos Países que inmediatamente acceden en forma brusca a las Dictaduras y se encuentran con una Abogacía organizada, tienen o que suprimirla o que no hacer obligatoria la adscripción a los Colegios, como fue el caso de Chile, como ha sido el caso de Fujimori; o de aniquilarla, como fue el caso de Ruanda, o como está siendo el caso del Sudán o de Guinea Ecuatorial, por poner dos ejemplos absolutamente próximos y actuales.

No hay Defensa sin contradicción. No hay Defensa si una de las partes no puede contradecir a la otra ante la persona que debe pacificar el conflicto o que debe hacer Justicia porque así se lo ha pedido la sociedad.

Y en esa Polonia a la que hacía referencia hace un momento, en el momento de su transición pude asistir a la celebración de un Juicio, en el que una persona esposada, sentada a la izquierda de un Tribunal compuesto por tres Magistrados, y entre dos Policías, se defendía sola ante el Tribunal frente a una acusación de seis años de cárcel.

Yo no entendí demasiado por qué no intervenía allí un Abogado y sí estaba interviniendo un Fiscal.

Y al acabar el Juicio pregunté que cómo es que no había tenido defensa. Y me dijeron que la defensa era de libre elección ...

Naturalmente, ningún procesado en Polonia durante aquella época pedía la asistencia de un abogado, porque siempre era mejor evitarse unos gastos y unos problemas. Y en cualquier caso, iba a serle más fácil sin ese abogado obtener una sentencia absolutoria ...

La contradicción es absolutamente imprescindible.

No hay Defensa sin garantías. No puede, bajo ningún concepto, entenderse un Proceso en el que a una persona la condenen a la más pequeña de las penas, o a la más grande de las penas, en aquellos Países donde está permitida la Pena Capital sin tener la certeza de que va a poder ejercer una defensa absoluta, una defensa que podrá ser total y ante todas las instancias.

No hay Defensa sin Justicia. Pero es evidente que la Justicia, para hacerse real, precisa del Derecho de Defensa.

Y en la propia división de poderes de las sociedades democráticas el termómetro para medir el grado de sensibilidad democrática de los Estados es la consideración que el Ordenamiento Jurídico tiene respecto del Derecho de Defensa.

En los Estados Democráticos fuertemente arraigados y de tradición secular, el papel de los Abogados es fundamental.

El reparto de funciones y de competencias en lo que es ese deber tan importante del Estado Democrático que es de garantizar la Defensa de sus ciudadanos, se convierte en algo prácticamente sagrado.

En aquellas Democracias inestables, o en aquellas Democracias donde no se tiene el convencimiento profundo de que la Democracia es una forma de vivir y de vivir en paz y no una ideología, en aquellos Países en que se sabe que la Democracia forma parte de aquello epidémico del Estado, el Derecho de Defensa está absolutamente garantizado.

Porque desde el ejercicio de la responsabilidad de cada cual se defiende la Democracia y se defiende el Estado.

Porque la Justicia, como decían los Clásicos, es la constante y perpetua voluntad de dar a cada cual lo suyo ...



Y el Profesor Ruiz Giménez ha dicho en muchísimas ocasiones que es la constante aspiración de la Humanidad hacia la igualdad ... Y añadiríamos: a la solidaridad.

Esa constante y perpetua voluntad de los hombres a ser no solamente considerados, sino a ser realmente iguales en la diferencia, a través de la solidaridad, que de alguna manera ha inspirado desde siempre, desde siempre, el caminar y el avanzar de los hombres y de las mujeres, de los seres humanos.

Hoy, todos estos valores de la Justicia y de la Paz, que es la expresión última de esa Justicia, pasan por el reconocimiento y la efectividad de los Derechos Humanos.

El reconocimiento que se ha hecho también desde siempre, que no es, de ninguna manera, algo característico de una Civilización, de una Cultura, de un Pueblo, de una Religión, que se ha expresado desde siempre, pero que se ha formulado de una manera definitiva, que ha prendido en la conciencia jurídica de todos los Pueblos, de todos los Estados y de todos los Juristas, no llega a efectuarse, ciertamente, hasta hace cincuenta años.

Y en esa Declaración, en el Preámbulo, yo diría que el segundo de sus párrafos es el más elocuente y el que de alguna manera obliga a la afirmación del primero de los párrafos:

«Que el desconocimiento y el menosprecio de los Derechos Humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la Humanidad y que se ha proclamado como la aspiración más elevada del hombre el advenimiento de un mundo en el que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra, de la libertad de creencias».

Porque considera que la Libertad, la Justicia y la Paz del Mundo tienen por base el reconocimiento de dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de lo que denomina el Preámbulo «Familia Humana», en un Texto Jurídico capital.

Para proclamar en el Artículo Primero que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos; dotados como están de razón, lógicamente, y de conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Y es precisamente que en la dignidad reside esa igualdad y ese deber de comportarnos, siendo como somos libres, solidariamente con nuestros iguales.

Pero será el Artículo 28 de esta Declaración quien nos diga que se ha de crear un Orden Social e Internacional que haga posible los Derechos proclamados en esta Declaración.

Los Juristas que redactaron, después de la gran guerra, recogiendo ese pensamiento y esa manifestación de Cicerón de que cediesen las armas a las togas, el «Cedam arma togae»; las togas cuando retoman el pulso de la Historia no proclaman únicamente, solicitan, exhortan a la Comunidad Internacional y a los Países a crear un nuevo Orden Jurídico que haga efectivos esos Derechos allí proclamados.

Y muy pocos meses después, el 5 de mayo del año 49, en Londres, diez Países firman el Estatuto Constitutivo del Consejo de Europa.

Y muy pocos meses después, en noviembre del 50, en Roma, la Declaración o el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Y en ese Convenio, por primera vez en la Historia, a través del Artículo 25 y de su Protocolo Adicional, se convierte en sujeto de Derecho Internacional Público, antes reservado a los Estados.

Se nos hace pequeña la Tribu, se nos hace pequeña la Nación, se nos hace pequeño el Estado ...

Una Soberanía Internacional, la Soberanía Universal, es la que está reclamando el hombre y el ciudadano.

Y ese Tribunal de Estrasburgo recoge, como diría magníficamente Kilsen, aquello que incipientemente y en la tribu el hombre necesita para dirimir sus conflictos: un Poder imparcial e independiente que pacifique el conflicto surgido entre los hombres; y el ciudadano podrá denunciar a su Estado y a sus Administraciones.

Y a partir de aquí, una verdadera avalancha de Tratados y de Convenciones, muchos de los cuales los ha citado D. Joaquín, entran en funcionamiento.

Y Europa Occidental va cediendo sus Estados cotas importantísimas de soberanía en favor de ese Consejo de Europa y en favor de esos otros Tratados, también de Roma, del año 57, que darán al final la luz a la Unión Europea.

Mientras que Europa Occidental se desintegra, sufre la guerra, la intolerancia, las violaciones de los Derechos Fundamentales.

¿Es que son de peor condición los Europeos del Este que los Europeos Occidentales? De ninguna manera.

Los Europeos Occidentales construyen en base al Derecho, al pacto, a la cesión, a la tolerancia; actúan jurídicamente; mientras que una legalidad no nacida, en ningún caso, de la voluntad del Pueblo, ni tampoco de la expresión del Derecho, sino de la fuerza y del imperio, cuando cae deja sin sostén a toda una sociedad que se ve inmersa en la búsqueda de su propia identidad y en la búsqueda de unos caminos que le permitan, en definitiva, construir un Mundo en Paz.

Nuremberg es un punto de partida importantísimo, duramente criticado e injustamente criticado por algunos Juristas.

En Nuremberg, se dice, que los delitos cometidos en cualquier parte del Mundo afectan a la totalidad.

«No he nacido para un rincón, mi patria es el mundo entero» diría Séneca ...

Lo que han hecho en Alemania no importa exclusivamente en Alemania; importa en la Comunidad Internacional.

Y de Nuremberg llegamos a los crímenes de Yugoslavia y de Ruanda y a los Tribunales Penales Internacionales destinados a perseguir los delitos cometidos en estos territorios. Y la sociedad pide más.

Y el 18 de julio de este año, la Conferencia Diplomática, reunida en Roma, con ciento sesenta Países, aprueba por ciento veinte votos a favor la Constitución del Tribunal Penal Internacional, mediante la firma del Estatuto correspondiente.

Que contempla la persecución sólo de cuatro delitos: el de genocidio, el de lesa humanidad, el de guerra y el de torturas.

Se ha excluido el de terrorismo y el de narcotráfico, que también estaban en el Texto inicial.

Un Tribunal que no entrará en vigor hasta que no lo hayan ratificado al menos sesenta Estados; que no tendrá en ningún caso efectos retroactivos; que tendrá infinidad de complicaciones una vez se haya ratificado al menos por esos sesenta Estados a los que le afecte, para encajarlo dentro de los Ordenamientos Jurídicos de algunos de esos Estados. Y más concretamente encajarlo en el Ordenamiento Jurídico de aquellos Estados que tienen un mayor y más eficaz desarrollo de los Derechos Fundamentales.

Un Tribunal, probablemente, cargado de defectos. Pero sin embargo, yo creo que es la gran esperanza de ver realizado ese sueño que,

en su exilio americano, dibujara Kilsen, como les decía hace un momento.

Trasladar a la Comunidad Internacional ese momento jurídico del Estado o ese poder nulo que investido de autoritas resuelva los conflictos; y al que la Comunidad Internacional le preste la fuerza para que, además de autoritas, tenga la absoluta potestad.

Y ahí los Abogados vamos a ejercer el Derecho de Defensa, desde la legalidad y exclusivamente desde la legalidad.

No existe Derecho de Defensa fuera de la legalidad ...

Sólo existe Derecho de Defensa desde esa legalidad. ¿Pero qué es legalidad en muchas ocasiones? ...

Desde esa legalidad que nace, precisamente, del imperio de la Ley manifestado a través de las urnas, democráticamente, en un Estado de Derecho.

Y con sometimiento a las Normas Deontológicas; la primera, la independencia, el secreto, la probidad ...

Tantas y tantas Normas que, a través de los siglos, nos han caracterizado y distinguido para que se nos pueda decir, y nosotros podamos sentirnos orgullosos de ello, que a los Abogados no solamente les están confiados los asuntos privados, sino que la salud de la propia República es de su incumbencia.

Y cuando vemos la Historia de los Pueblos, la cruenta lucha por conquistar nuestra libertad, nuestra dignidad y, por tanto, la igualdad y la solidaridad, hacen que la Abogacía se sienta especialmente feliz en este Aniversario.

Porque desde la redacción del Texto de hace cincuenta años, hasta la lucha de estos momentos, y así lo reconocíamos hace muy pocos días en Nueva York, por la obtención de un Tribunal Penal Internacional, los Abogados tienen mucho que decir.

Y si hoy en día un Juez Español, un Juez Británico, la Audiencia Nacional, la High Court y la Cámara de los Lores, están debatiendo un tema tan importante, es porque un Abogado ha puesto todo eso en marcha y redactó la primera denuncia.

Y porque un Abogado, del que casi nadie habla, está manteniendo los Derechos violados y ultrajados de muchas personas que son la expresión de tres mil muertos y desaparecidos.

Y en ese sentido, la Abogacía se siente orgullosa. Y en ese sentido, debo decirles que tener entre nosotros a personas como D. Joaquín, que durante tantísimos años ha estado luchando por esos Derechos individuales y colectivos, pues es también motivo de satisfacción, y para mí de orgullo absoluto el poder compartir hoy con él esta Mesa.



## **La defensa de los Derechos Humanos desde las Instituciones representativas de la Abogacía. Reflexiones**

por D. Luis Delgado de Molina\*

Quiero agradecer al Forum Deusto el honor que supone formar parte de esta mesa y tener la posibilidad de exponer a Vdes., mis reflexiones sobre una materia tal como los Derechos Humanos que a cualquier hombre de derecho tanto apasiona.

Tras este agradecimiento, me permito abordar estas reflexiones personales desde luego sometidas a cualquier debate, observación o corrección.

La Declaración Universal de Derechos del Hombre proclama en sus Arts. 1 al 8.10 y 11 y 13 al 29, el conjunto de Derechos relativos a la persona humana, mientras los restantes Artículos, proclaman los métodos de defensa y las prohibiciones. Los profesionales del Derecho sabemos que la Justicia de un proceso tiene dos varas de medir:

a) La primera o de Derecho Positivo. Con arreglo a ella, un juicio será justo en tanto en cuanto haya sido resuelto conforme al Derecho Positivo vigente en el país en el que se desarrolle.

Este comporta que tal Derecho Positivo sea, a la vez, justo. Es decir, que esté basado en los principios de equidad y justicia comúnmente aceptados en el país o en la Comunidad en que se aplique.

b) La segunda o de Derecho Supranacional. Un juicio será justo siempre que la norma aplicada respete tales principios comúnmente aceptados.

---

\* Luis Delgado de Molina es abogado, Presidente Electo de la Unión Internacional de Abogados, Miembro del Consejo de la Abogacía Española, Antiguo Decano del Colegio de Abogados de Alicante y Experto en Arbitraje interno e Internacional.

Esta segunda concepción de la Justicia requiere, como cuestión previa al examen de la aplicación o no de la norma, la observancia de si esa norma conculca —activa o pasivamente— alguno de tales principios.

Desde hace ahora 50 años, tenemos tales principios recopilados y surtiendo los efectos propios moralizantes que en su preámbulo se expresaba.

Pero también hemos de analizar la validez de estos principios, como norma de «ius cogens» en el sistema legal español.

Efectivamente, los «etéreos» principios universales de la Declaración de 10 diciembre de 1948 tuvieron, como efecto posterior, dos Pactos Internacionales de 1966 que al ser ratificados adquirieron la fuerza de «ius cogens» que determina, en esta materia, el art. 1.º-5 del C.C. interpretado conforme al art. 10.2 de nuestra Constitución.

Es decir que, al margen de la opinión de cada uno de nosotros como seres humanos, como Letrados tenemos obligación legal de aplicar este cuadro normativo en nuestra profesión.

Otro aspecto de la cuestión, a mi juicio no menos interesante, es que, expuesto lo anterior como obligación legal de todo Letrado en ejercicio, la misma, por abarcar a la totalidad de nuestra profesión, se convierte en Norma de obligado cumplimiento para las Instituciones que nos representan. Es decir, para nuestros Colegios y para nuestros Consejos (Autonómicos y General).

Nuestras Instituciones representativas, en el ámbito de sus respectivas competencias territoriales y funcionales deben promover el respeto a tales principios y exigir su estricto cumplimiento ya a nosotros mismos como Letrados, ya a los ciudadanos ya a los órganos de la Administración, Central o periférica.

Y en esta materia, los Colegios y Consejos deben ser beligerantes como Instituciones de Derecho Público que son, cumpliendo la función social que nuestra Constitución les confiere, fuera de posturas endogámicas o corporativistas que debemos superar, primero, y rechazar después.

Y no este un deseo personal, sino una obligación y un deber que tiene ya su cobertura legal, como principio inspirador, en la *Declaración sobre el derecho de los individuos, grupos y órganos de la sociedad, de promover y proteger los derechos del hombre y las libertades funda-*



*mentales universalmente reconocidas* de las NNUU de 20 noviembre de 1998, que especialmente en su artículo 15, cita a los Abogados junto con «los restantes responsables de la aplicación de la Ley», a esta misión específica de observancia y mantenimiento de estos principios de la Declaración de 1948.

Así pues, con esta base, me permito establecer como marco de actuación de nuestras Instituciones representativas y sin ningún ánimo dogmático, el siguiente:

- Ser instrumentos de paz social en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos.
- Garantizar los Derechos Fundamentales en el ejercicio de la Justicia Penal.
- Favorecer la promoción de los Derechos del Hombre en las relaciones internacionales.

La proyección de este último punto nos lleva, necesariamente, al plano internacional y especialmente al ámbito de la Organización a la que me honro en pertenecer, la UNION INTERNACIONAL DE ABOGADOS (U.I.A.), con sede en París, que es la Organización Internacional de Abogados más antigua de las existentes, constituida en 1913, y que agrupa Colegios, Barras, Asociaciones y Abogados de 120 países del mundo y que tiene, como característica propia, la defensa de los Derechos Humanos a través de su propia estructura.

La U.I.A., con Estatuto de Organo Consultivo de las NNUU y del Consejo de Europa, es una participante activa en esta materia, habiendo colaborado y colaborando en la creación y funcionamiento de los TPI que juzgan los Crímenes contra la Humanidad en los territorios de Ruanda (Ruanda y Arusha) y la Ex-Yugoslavia y es, a la vez, firme impulsora de la creación y puesta en funcionamiento del TPI permanente según los acuerdos de Roma, de este mismo año.

Pero a veces, esta función de defensa de los Derechos Humanos no es cómoda ni, socialmente, aceptada. Y así ante el TPI de la Ex-Yugoslavia, la U.I.A. ha denunciado, con reiteración, la vulneración de los Principios de Presunción de Inocencia y de Amparo Legal (Arts. 11<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> **1.º** Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la Ley y en juicio público en el que le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. **2.º** Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no

y 8<sup>2</sup> de la Declaración de 1948); o ha denunciado la violación del Principio del Derecho a la Vida (Art. 3<sup>3</sup>), en el caso de los Tribunales de Ruanda y Arusha por cuanto en uno de ellos se aplica la Pena de Muerte y en el otro no con la injusticia que en el primero caso se da.

## ¿Hacia un Orden Penal Internacional en materia de Derechos Humanos?

El principal obstáculo para obtener una respuesta positiva son las sucesivas «reservas» al orden público interno o de «respeto a las soberanías» que las Constituciones nacionales o, incluso, las Declaraciones Internacionales contienen.

Efectivamente, en la mayoría de los casos, los Estados se intitulan sujetos activos de los Derechos que comentamos pero rechazan igual condición de sujetos pasivos de las obligaciones que los mismos Derechos comportan.

Esta interpretación del Art. 12<sup>4</sup> de la Declaración de 1948, no puede, a mi juicio, ser esgrimida como causa de oponibilidad a una petición de vigencia o pronunciamiento de vulneración de cualquier derecho universalmente reconocido, por los siguientes argumentos:

- Por cuanto la teoría de la soberanía nacional (orden público interno) frente a los principios internacionales en esta materia, debe decaer por minusvaloración de la primera.
- Por cuanto la observancia de las normas de Derecho Universal (la Declaración de 1948 tiene esta naturaleza) por parte de los Estados tiene como reacción inmediata la legitimidad del Derecho de rebelión contra lo injusto, lo cual provoca la destrucción de la Paz Social.

---

fueron delictivos según el derecho nacional e internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

<sup>2</sup> Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los Tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley.

<sup>3</sup> Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

<sup>4</sup> Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias o ataques.

—Por cuanto en la Comunidad Universal en la que vivimos, la «bunkerización» de los Estados en esta materia no es sino un periodo transitorio que la misma Comunidad Internacional debe encargarse de abortar.

Esta es la exposición que sobre mis reflexiones personales me he permitido hacerles. Con una última observación.

Trabajemos para que todas estas ideas sean una realidad, créanme; merece la pena.



## Abogacía y derechos humanos

por D. Carlos Suárez González\*

Hablando de los derechos humanos, es inexcusable también una referencia a los pensadores de la Ilustración, y naturalmente a Voltaire a quien leo y cuyos libros colecciono desde hace muchos años. En el comentario a la publicación en Francia de la obra de Beccaría: «*Los delitos y las penas*», Voltaire cita al Presidente de Lamoignon y pone en su boca estas palabras: «*El abogado o consejo que era la costumbre el dar a los acusados no es un privilegio dado por las ordenanzas ni por las leyes, es una libertad adquirida por el derecho natural que es más antiguo que las leyes humanas. La naturaleza enseña al hombre a tener recurso a las luces de los demás, siempre que él mismo no posea bastantes para conducirse, y a que busque socorros cuando se reconoce demasiado débil para defenderse a sí mismo. Son tantas las ventajas de que nuestras ordenanzas han privado a los acusados, que es bastante justo el conservarles lo que queda, y sobre todo el abogado, que forma la parte más esencial de ello*».

Parece oportuna la cita, pues nuestra intervención se refiere a la abogacía en relación con los derechos humanos.

Es ciertamente nuestro oficio, la defensa de los derechos humanos. Creo que conviene señalar que la labor de la abogacía en defensa de los derechos humanos no se refiere a alguno o a algunos de los artículos, o a alguno o algunos de los derechos, sino a todos ellos.

No obstante lo anterior, es cierto que se identifica en gran medida al abogado con aquellos derechos humanos que tienen una relación directa o indirecta con el proceso, así los artículos quinto a undécimo inclusive.

---

\* Carlos Suárez González es Abogado, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Bizkaia, Vice-Presidente del Consejo General de la Abogacía Española y del Consejo Vasco de la Abogacía y Catedrático de Derecho Civil de la Escuela Universitaria de Estudios Empresariales de la U.P.V.

A decir verdad, la abogacía ha contribuido y contribuye diariamente y en muy diversas latitudes del mundo a que se cumplan los derechos reconocidos en tales artículos. Muchas veces en condiciones dramáticas, incluso con riesgo de la vida y de la integridad personal, y casi siempre, hasta en nuestro entorno cercano insistiendo frente a la rutina frente a una opinión desorientada o frente a quienes ejerciendo el poder o la función han cedido a la tentación de una falsa e inaceptable eficacia. En efecto son admirables los ejemplos de aquellos que en un ambiente hostil frente al poder tiránico o despótico exigen y patrocinan el cumplimiento y observancia de los derechos, pero también tienen enorme mérito aquellos otros que día a día, arrojando el ser tachados de antipáticos, pesados, insistentes, o de defender lo indefendible, a delincuentes que aparecen como odiosos o poniendo de manifiesto que la eficacia no es un ídolo al que deben sacrificar los derechos humanos, soportan, no con heroísmo, pero sí con enorme tesón esa valiosísima carga.

En torno a ello será bueno reflexionar sobre algunas ideas, la primera, es que los derechos humanos son de todos y para todos, incluso para aquellos que no los respetan.

Y en segundo lugar que la obtención de los derechos humanos exige sacrificio.

Respecto de la primera de dichas ideas, es necesario profundizar en la reflexión, por ello, utilizaré un ejemplo particularmente chocante: Es cierto que el abogado debe vigilar siempre para que no se produzca la vileza de la tortura y debe perseguir en todo momento a aquellos que aparezcan como responsables de una práctica contraria a los principios elementales de la dignidad humana. Pero también se defienden los derechos humanos cuando el abogado realizando el gran sacrificio de negarse a sí mismo, asume la defensa de quienes están acusados de torturar, defendiendo también en este caso los derechos humanos, quizá de aquellos que no los han respetado.

También en un momento de fastos conmemorativos ha de recordarse que los derechos humanos son una conquista de la humanidad, y que ello no es posible sin una gran dosis de sufrimiento. Es bueno clamar desde aquí por la injusticia que se produce en otra esquina del mundo.

Pero aquí y ahora también debemos ser tolerantes cuando nuestros derechos se conculcan o cuando pensamos que tenemos una excesiva comprensión o que otorgamos demasiadas garantías a los presuntos delincuentes.

Pero como decía al principio, la labor del abogado no se circunscribe a unos derechos o artículos determinados, sino a todos, y en este sentido me gustaría hacer una especial referencia a los derechos contenidos en los artículos 22 a 27.

Es cierto que estos derechos aparecen con posterioridad formando una nueva generación, y tienen como característica la consideración de los mismos como un desideratum de lo posible, ocupando, por tanto, un lugar intermedio entre las declaraciones de principios puramente retóricas y los derechos plena e inmediatamente exigibles.

Quizá por ello pudiera pensarse que no es terreno propio para la labor de los abogados, sin embargo su incorporación a este texto o a otros semejantes, ha permitido en muchas ocasiones a los abogados su utilización para conseguir elevarlos a la categoría de principios informadores e interpretativos de las normas de los distintos países que han asumido el convenio, de manera que, si bien es cierto, que el derecho al trabajo no implica todavía hoy la posibilidad de exigencia de un puesto concreto, no es menos cierto que las normas laborales habrán de interpretarse a la luz del artículo 23, y la interpretación es extraordinariamente importante en la aplicación de las normas. También en estos artículos tienen los abogados una extraordinaria arma de trabajo en defensa de los ciudadanos y probablemente en defensa de los ciudadanos más necesitados. No deben quedar de lado por la circunstancia de que no tengan aquel carácter de exigencia rotunda de otros preceptos.

Finalmente, mi exposición debe producirse aquí y ahora. Debe producirse en relación con el artículo 3.º, con el derecho a la vida, con el derecho a la libertad y a la seguridad de las personas así como la fraternidad a la que alude el inciso último del artículo 1.º.

Me estoy refiriendo a la situación de esperanza que vivimos en este momento en Euskadi, y me estoy refiriendo a la pregunta de cuál puede ser la aportación de la abogacía en este momento.

Yo creo que la abogacía, como el resto de la sociedad, debe estar comprometida en ese proceso, en esa situación. Un compromiso político en sentido estricto de ciudadanía pero no de las distintas y por cierto legítimas opciones políticas.

Pero más allá de todo ello, y pensando que nuestra situación de violencia nos ha conducido a una cierta polarización de la sociedad y a una cierta admisión de que la confrontación incluso violenta es la forma de dirimir los conflictos, y también que el derecho, que es nuestra

herramienta, nos enseña que es una forma de pacificación, que es una forma de resolución pacífica de los conflictos.

Además, creo que nos corresponde a los Abogados dar ejemplo de resolución de los conflictos interindividuales mediante la transacción, mediante los acuerdos. En los acuerdos, a diferencia de los juicios, no hay tan claramente vencedores y vencidos.

Lo ideal es que un conflicto no se plantee porque todos cumplen las normas y el derecho ha adquirido un grado de evolución tal que los ciudadanos lo acatan, lo entienden y lo asumen de una manera natural, pero a pesar de todo, en ocasiones se dará el conflicto interindividual y el conflicto no puede perpetuarse, ha de ser resuelto. Es verdad que la resolución en sentencia es una solución, pero no es menos cierto que lo ideal no es sólo que los conflictos se resuelvan sino que se resuelvan con las menores cicatrices y traumatismos posibles, que se resuelvan no desde la dialéctica del vencedor o vencido sino desde la dialéctica de la tolerancia, de la comprensión, de la composición, de la transacción en definitiva. Esta es nuestra labor cotidiana, tratar de explicar a nuestros conciudadanos que lo nuestro es agotar las posibilidades de resolver los conflictos mediante el acuerdo. Que pensemos que el acuerdo es lo mejor y lo más conforme con la naturaleza del hombre civilizado. Ese ejemplo nuestro diario contribuirá a que nuestra sociedad pueda asumir de forma profunda y cotidiana, que la tolerancia y el diálogo son la solución y el futuro.



## Forum Deusto

# Los Derechos Humanos en un mundo dividido

En el cincuenta aniversario de la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Forum Deusto, junto con el Colegio de Abogados de Vizcaya y con la colaboración del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe de la Universidad de Deusto, ha convocado a lo largo de un ciclo de conferencias a doce de las más ilustres figuras dedicadas a los Derechos Humanos, cuyas ponencias se recogen en este volumen, así como las intervenciones realizadas en una mesa redonda organizada sobre la misma cuestión.

Giza Eskubideen Deklarazio Unibertsalaren berrogeita hamargarren urteurrenean, Forum Deustok, Bizkaiko Abokatuen Bazkunarekin elkarlanean eta Deustuko Unibertsitateko Pedro Arrupe Giza Eskubideen Institutuaren laguntzarekin, Giza Eskubideei emanak diren hamabi andre-gizon ospetsu bildu ditu hitzaldi ziklo batera. Liburu honetan euren hitzaldiak jaso dira, gai beraz eratutako mahai-inguruan esan zirenekin batera.



Universidad de Deusto  
Deustuko Unibertsitatea

