

CAPÍTULO XIV

Derechos humanos: universalismo y relativismo. Conflictos y eventuales vías de solución*

1. INTRODUCCIÓN

El principio de universalidad en materia de interpretación y de aplicación de los derechos humanos parte del postulado de la dignidad de la persona humana, y sostiene que todas ellas, en cualquier lugar, deben gozar de un estándar mínimo de tales derechos.¹ El universalismo campea expresamente en la célebre Declaración de la Asamblea General Naciones Unidas de 1948 denominada, precisamente, “Declaración *Universal* de los Derechos Humanos”, que se proclama “como ideal común... (de) todos los pueblos y naciones”.

Del principio de universalidad se desprende, en un primer tramo, que a nadie se le podría negar en algún Estado un derecho humano fundamental, ya que su disfrute “es patrimonio innato de todos los seres humanos”. Ello importa, como añadió la Conferencia de Viena de 1993, la misión de garantizar “la universalidad, objetividad y no selectividad del examen de las cuestiones de los derechos humanos”. Como conse-

* Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, “Derechos humanos: universalismo y relativismo. Conflictos y eventuales vías de solución”, en *Memorias. Neoconstitucionalismo, derechos humanos y pluralismo*, Chuquisaca, Colegio de Abogados, 2012, pp. 15 y ss.

¹ Cfr. Meyer Bisch, Patrice, *Le corps des droits de l’homme. L’indivisibilité comme principe d’interprétation et de mise en oeuvre des droits de l’homme*, Fribourg, Universitaires, 1992, p. 401, cit., por Villán Durán, Carlos, *Significado y alcance de la universalidad de los derechos humanos en la Declaración de Viena*, en AA.VV., *Estudios básicos de derechos humanos II*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1995, p. 335.

EL CURSO DE LOS DERECHOS

cuencia de ello, los derechos humanos tienen vocación de universalidad.²

No obstante lo puntualizado, existen serios conflictos en torno a la superficie y el contenido de los derechos humanos, debates que trasuntan, en el fondo, fuertes disputas acerca de su legitimidad. Es decir, que hay modos diversos acerca de cómo entenderlos, y respecto de lo que es justo o injusto en torno a la esencia de cada uno de ellos. Para una visión múltiple de tales derechos, sea de tipo relativista o cultural, podemos vislumbrar estas áreas de confrontación: a) ideológica; b) religiosa; c) estatal, y d) intraestatal.

2. RELATIVISMO IDEOLÓGICO

No es raro que las ideologías políticas visualicen los bienes y valores jurídico-políticos con perspectivas diferentes. Conceptos como los de “justicia”, “libertad”, “orden”, “seguridad”, “igualdad” —entre otros— tienen distintas acepciones según el prisma ideológico con el que se los enfoque.

En materia de derechos humanos, la aceptación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 por varios países marxista-leninistas planteó crudamente esta problemática. En palabras de Günther Jakobs, en los tratados internacionales del caso, todos los firmantes sabían sin duda que los derechos humanos no serían interpretados del mismo modo en los “estados populares”, que en los estados de sociedades burguesas. El disenso no era, pues, oculto.³ Algunos autores marxistas admitían sin cortapisas el disenso, inexorable desde el punto de vista lógico: los derechos humanos no podían ser concebidos del mismo modo en una sociedad de socialismo real, en carácter de transición hacia el comunismo pleno, como se afirmaba que era la que se vivía en la entonces República Democrática Alemana, que en

² Bidart Campos, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, 1989, pp. 41 y ss.

³ Jakobs, Günther, “Crímenes del Estado-ilegalidad en el Estado ¿Penas para los homicidios en la frontera de la ex-República Democrática Alemana?”, trad. por Pilar Jiménez Alcóver, publicado en *Goldammer Archiv für Strafrecht*, enero de 1994, pp. 1-19, 462.

Derechos humanos: universalismo y relativismo

una diferente sociedad burguesa, impregnada de las contradicciones de clase.⁴

En definitiva, recuerda Robert Alexy, según la comprensión socialista —marxista comunista, aclaramos—, de los derechos fundamentales, no existe ningún derecho humano universal sistemáticamente neutral. Citando en ese tema a Klenner, a la contradicción de clases tenía que corresponder una contradicción entre derechos humanos. Por tanto, podía hablarse de una “concepción liberal de los derechos humanos”, y otra “concepción socialista” de ellos, la cual, a juicio de Alexy no era la mejor interpretación posible, por ejemplo, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁵

El célebre caso de *Los guardianes del muro*, donde se discutía la responsabilidad penal de los soldados que baleaban a quienes intentaban cruzar el muro de Berlín —rotulados, según el derecho de la República Democrática Alemana, “violadores de fronteras”—, resultó paradigmático para comprender la distinta cotización que podía tener el valor “vida”, en un escenario jurídico Occidental o en el marxista. En palabras del juez Levitz, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “la interpretación y aplicación del derecho dependen del orden político general, en el cual el derecho funciona como un subsistema... Los mismos textos jurídicos, como la Constitución de la República Democrática Alemana, o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuando se los aplica, según las diferentes metodologías inherentes a cada orden político, conducen a diferentes resultados... Consecuentemente, la interpretación y aplicación de normas jurídicas nacionales o internacionales según el método socialista u otra metodología no democrática, que resultaba intolerable para el régimen democrático, debería ser vista como equivocada desde el punto de vista de un sistema democrático”.⁶

⁴ Brunner G., *Menchenrechts in der DDR*, 1989, pp. 15 y ss., cit., por Jakobs, Günther, *op. cit.*, p. 462, nota 44.

⁵ Alexy, Robert, *Mauerschutzen. Acerca de la relación entre derecho, moral y punibilidad*, trad. por Eduardo R. Soderó, en Vigo, Rodolfo Luis, *La injusticia extrema no es derecho, (de Radbruch a Alexy)*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2006, pp. 179-180.

⁶ Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Streletz, Kessler y Krenz vs. Alemania*, 22 mar 2001, cit. por Vigo, Rodolfo Luis, *op. cit.*, pp. 131-133.

EL CURSO DE LOS DERECHOS

3. RELATIVISMO RELIGIOSO

Una segunda fuente de relativización de derechos humanos acaece cuando el derecho bajo examen es procesado, según pautas religiosas que lo amplían o restringen con carácter predominante.

Por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño (que en Argentina tiene rango constitucional, según el art. 75, inc. 22, conforme la reforma de 1994), fue aceptada por algunos Estados bajo reservas sumamente importantes. Así, Kuwait declaró que no cumpliría “todas las disposiciones de la Convención que son incompatibles con la ley islámica —o *sharia*— y los reglamentos locales vigentes”. Reservas parecidas hicieron Afganistán, Argelia, Egipto, Irán, Jordania, Islas Maldivas, Marruecos, Pakistán y Qatar. Djibuti se adhirió a la Convención “concienzudamente y en todo momento, salvo que no se considerará obligado por ninguna disposición ni artículo que sea incompatible con su religión o sus valores tradicionales”.⁷

4. RELATIVISMO ESTATAL

La tercera ruta de relativización se presenta si un Estado, por razones sociológicas derivadas de comportamientos comunitarios tradicionales, idiosincracia, inercia jurídica u otros factores —incluso, también, religiosos, entremezclados con aquéllos—, adopta pautas peculiares de entendimiento y aplicación en materia de derechos humanos.

Veamos algunas muestras de estas situaciones.

La ley iraní del 25 de abril de 1993 establece penas corporales como la lapidación, la amputación y la flagelación. Para las mujeres, dispone que quienes no usen el *shador* podrán ser multadas, azotadas o detenidas. Por lo demás, las mujeres casadas deben requerir la aprobación de su marido para obtener pasaporte, viajar o trabajar.⁸ Desde

⁷ Véase Cerna, Christina M., “La universalidad de los derechos humanos y la diversidad cultural:...”, la realización de los derechos humanos en diferentes contextos socio-culturales”, en AA.VV., *Estudios básicos de derechos humanos II*, cit., p. 389.

⁸ Villán Durán, Carlos, “Significado y alcance de la universalidad de los derechos humanos...”, cit., p. 345.

Derechos humanos: universalismo y relativismo

luego, estas normas, aunque avaladas, aparentemente, por la mayoría de la comunidad local, han sido consideradas por muchos como incompatibles con las reglas internacionales que reprimen la tortura y los tratos degradantes, o la discriminación contra la mujer. Al revés, las autoridades iraníes —y probablemente, la mayoría de la comunidad local—, no divisa necesariamente esa oposición.

No hace mucho, en 2011, una mujer iraní de 32 años, Ameneh Bahrami, estudiante de ingeniería electrónica, desfigurada en su rostro con ácido y cegada por un hombre despechado por no haber aceptado casarse con él, logró una sentencia condenatoria contra el agresor. Aplicándose la regla “ojo por ojo” —“ley del talión”—, este último, Majid Movahedi, fue sentenciado por la justicia iraní a recibir gotas de ácido sulfúrico en sus ojos, a fin de cegarlos. La mujer entendió que la condena era justa, tanto como compensación por todo lo que sufrió, en especial para intimidar a hombres que intentaran repetir aquella agresión. Finalmente, la víctima desistió de su reclamo de condena, que entonces no fue ejecutada.⁹

En otro contexto, Trinidad y Tobago estableció la pena corporal por flagelación, realizada con el “gato de nueve colas”, o con latigazos con una vara de tamarindo, abedul u otros objetos “o con cualquier otro instrumento que el presidente puede aprobar periódicamente”. El “gato de nueve colas” es un instrumento de nueve cuerdas de algodón trenzadas, cada una de aproximadamente 30 pulgadas de largo y menos de un cuarto de pulgada de diámetro, unidas a un mango. Las nueve cuerdas de algodón son descargadas en la espalda del sujeto, entre los hombros y la parte baja de la espina dorsal”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Caesar *c.* Trinidad y Tobago”, párrafo 88, definió a este instrumento como una especie de tortura, o trato cruel, inhumano o degradante.

Otro dato de interés es una sentencia de 1998 de la Alta Corte de Justicia de Israel, que por cinco votos contra cuatro, entendió que era posible emplear “presión física” en el interrogatorio de un sospechoso palestino, involucrado en actos de terrorismo. El “Shin Bet” —un organismo de seguridad— admitió haber empleado métodos como privar de sueño al acusado durante periodos largos, cubrir su cabeza con sacos, o forzarlos a escuchar música a altísimo volumen, antes de los interroga-

⁹ *La Capital*, Rosario, Argentina, 15 may 2011, p. 24.

torios. El fallo pudo haber tenido consenso local, aunque difícilmente estaría de acuerdo con las creencias y las convenciones internacionales que reprimen la tortura o padecimientos análogos.¹⁰

5. RELATIVISMO INTRAESTATAL

Se presenta cuando en el interior de un mismo Estado, coexisten distintos ordenamientos jurídicos tutelados constitucionalmente, cada uno de ellos con su identidad, tradiciones, cosmovisiones y techos culturales propios. En tal supuesto, es factible que derechos humanos esenciales, respecto, por ejemplo, a la vida, el debido proceso, a penas no crueles, etc., tengan distintas miradas y concluyan en contenidos diferentes. El problema puede agravarse si la Constitución nacional reconoce el derecho a ciertas comunidades poseedoras de sus propios derechos, a contar también con autoridades, incluso judiciales, para aplicarlos.

El tema ha tenido en los últimos lustros una difusión especial a raíz del reconocimiento de derechos a pueblos indígenas en algunas constituciones —como las de Perú, Argentina y Colombia—, pero más acentuado en otras. Tal vez los casos más llamativos son los de Ecuador y Bolivia.

La Constitución de Ecuador (2008), por ejemplo, define a la República como un “Estado constitucional *de derechos* —así, en plural—, *intercultural y multinacional* (art. 1º). Los distintos pueblos indígenas, afroecuatorianos y montubios, cuentan con la facultad de crear, desarrollar, implementar y practicar su derecho propio o consuetudinario, pero siempre que no se violen los derechos constitucionales, en especial de las mujeres, niños y adolescentes (arts. 56 y 57). Existe, pues, un “pluralismo legal”, donde el Estado oficial reconoce, protege y garantiza la coexistencia y el desarrollo de sistemas regulatorios y consuetudinarios en cada nación indígena, en concordancia con el carácter multinacional, multiétnico y multicultural del Estado. También se favorece un procedimiento judicial que promueve el multiculturalismo, a fin de asegurar una comprensión cultural de los hechos y una interpretación cultural de las normas de tales grupos, con el propósito de evitar una interpretación etnocéntrica y monocultural (Ley de Garantías Constitucionales y de Control Constitucional, art. 66). No obstante, la misma ley contempla

¹⁰ *The Nation*, Bangkok, 14 ene 1998, p. A-8 (cable de la Agencia Reuters).

Derechos humanos: universalismo y relativismo

una acción extraordinaria de protección contra las decisiones de la justicia indígena, que se tramita ante la Corte Constitucional, si tal justicia indígena ha violado los derechos constitucionales o discriminó contra la mujer (ley *cit.*, art. 65).

La Constitución de Bolivia (2009) también proclama al Estado como multinacional e intercultural, compuesto, entre otros, por naciones indígenas originarias y campesinas, grupos interculturales y afrobolivianos. Ellos cuentan con el derecho a contar con un sistema político, económico y legal acorde con sus cosmovisiones (arts. 1 y 30). En el Poder Legislativo, hay representantes electos por comunidades indígenas (Constitución, art. 146). Existe una jurisdicción indígena, de igual rango que la ordinaria y la agroambiental (Constitución, art. 179), ejercida por sus propias autoridades, y que aplica sus principios, valores culturales, normas y procedimientos peculiares. El Tribunal Constitucional Plurinacional del Estado, donde debe haber jueces provenientes a la jurisdicción indígena, tiene competencias para evacuar consultas de la justicia indígena, acerca de la aplicación de sus normas a un caso concreto (constitución, art. 208), o para determinar su compatibilidad con la constitución (Ley Reglamentaria del Tribunal Constitucional, art. 137).

6. ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN. CONFLICTOS IDEOLÓGICOS, RELIGIOSOS Y ESTATALES. EL “ARGUMENTO DEMOCRÁTICO”

Lo complejo del tema obliga a distinguir distintos planos del conflicto. Preferimos comenzar por el intento de armonización del relativismo cultural cuando es de tipo ideológico, religioso o estatal, dejando para una segunda etapa los conflictos intraestatales. En concreto, cabe preguntarse cómo evitar, en lo posible, que un mismo instrumento jurídico —por ejemplo, un tratado internacional sobre derechos humanos— pueda tener aplicaciones tan disímiles y contradictorias entre los distintos Estados que lo han suscrito.

Una vía de definición de los conflictos “externos” de legitimidad en materia de multiculturalismo, entre diversos estados, sería resolverlos “democráticamente”, o sea, por el recurso a la mayoría.

Este mecanismo es desde luego atractivo, en especial por su similitud. Si la interpretación de una regla supranacional dada por un organismo supranacional o por una comunidad, es visualizada como re-

EL CURSO DE LOS DERECHOS

pulsiva por otra comunidad, el asunto podría aclararse por el voto de la mayoría de los miembros del organismo comunitario.

No obstante, la “argumento democrático” no es de fácil instrumentación. En particular, cabe preguntarse *quién* y *cómo* se votaría. Por ejemplo: ¿Cada Estado de la comunidad o suscriptor del documento internacional tendría un voto, o debería tenerse en cuenta el número de habitantes implicados? Si lo que se trata de definir es un tema de justificación o injustificación, no parece razonable que el principio de igualdad soberana de los Estados —que impone conferir un voto a cada uno de ellos— defina la cuestión. Una mayoría de países pequeños, habitados por una ínfima proporción de la humanidad, podría así resolver cuestiones que se aplicarían al grueso de esa humanidad, aún contra la voluntad de esta última tremenda mayoría de personas.

Otra observación opuesta al argumento mayoritario es que si el asunto discutido divide al globo en sectores relativamente iguales, o al menos muy fuertes cada uno de ellos, resulta muy difícil dirimir electoralmente la cuestión en disputa. Puede parecer simple concluir que la exposición de ancianos enfermos terminales a la intemperie y al frío extremo, para provocar o acelerar su muerte —tal como se ha practicado en algunas muy pequeñas sociedades primitivas asiáticas, al estilo de una forma elemental de eutanasia— atenta contra el derecho a la vida y a la dignidad humana, pero no será tan sencillo concluir —solo por medio de una votación— que ciertos criterios diferenciatorios de la mujer, practicados en decenas de países musulmanes habitados por centenares de millones de habitantes, son necesariamente denigrantes en el plano axiológico, y que resultan siempre incompatibles con las convenciones antidiscriminatorias suscritas por esos países.

Dicho en otras palabras, el “argumento democrático” se robustece cuando los perdedores en la elección son relativamente pocos, dado que entonces aparece una evidente mayoría que confiere a la votación una suerte de relevante legitimidad sociológica; pero es débil si dicha votación se encuentra muy dividida. En tal caso la legitimidad sociológica decae en relación directa al aumento del disenso con el resultado de la consulta.

Finalmente, el “argumento democrático” podrá brindar legitimidad sociológica a la respuesta obtenida, pero tampoco parece en última instancia apropiado para resolver definitivamente, mediante elecciones, qué es axiológicamente justo y qué es injusto. La esclavitud, por ejemplo, tuvo históricamente —tanto en Europa como en Asia— una apro-

Derechos humanos: universalismo y relativismo

bación mayoritaria durante centurias, y eso no significa que haya sido una institución en sí legítima.

7. EL “ARGUMENTO JERÁRQUICO”

Un importante mecanismo de solución de confrontaciones de legitimidad, de tipo formalista, es el que asigna competencia para resolverlo al órgano jurídico instituido por el tratado o convención para pronunciarse sobre el tema.

El “argumento jerárquico” —un argumento de autoridad— tiene en su favor la claridad y seguridad que brinda, además de su impecable juridicidad. Se afianza también desde el plano de la lógica, ya que si los diferentes Estados que han adherido a una convención han aceptado una solución de tipo institucional, bueno es que la cumplan. Además, si la han previsto así, es porque —se supone— entendieron que era el camino más adecuado para dirimir los conflictos. La doctrina de los propios actos se suma así a esta alternativa, como también algunos ingredientes de corte aristocrático —la convención o pacto ha seleccionado a los mejores para interpretarlo—.

En síntesis, esta doctrina propone que en los conflictos externos de legitimidad prevalezcan los criterios axiológicos de los órganos jurisdiccionales establecidos por el convenio internacional del caso. A los estados y comunidades nacionales les correspondería entonces una política de seguimiento y de obediencia a sus directrices.

Sin embargo, el argumento jerárquico, con tantos puntos a su favor, cuenta con flancos débiles. Aparte de su legitimidad formal —que por cierto tiene—, puede no contar con legitimidad sociológica: por ejemplo, si los miembros del organismo supranacional no tienen de hecho las dotes éticas y técnicas para desempeñar su cargo, habiendo sido elegidos, *v. gr.*, en base a componendas políticas y diplomáticas; o si sus sentencias resultan arbitrarias, imprudentes o caprichosas, generadoras por tanto de disenso. En tal sentido, el mejor tribunal internacional puede devaluarse y perder prestigio frente a las sociedades que debe regir, las que entonces tendrán la tentación de elaborar actitudes escapistas —expresas o solapadas— o de renuencia a obedecerlo.

En otro sentido, puede ocurrir que si media un desfase cultural profundo entre el órgano de la jurisdicción supranacional con una socie-

EL CURSO DE LOS DERECHOS

dad determinada, ésta se sienta inclinada a hacer prevalecer sus propios valores y concepción de la vida, por sobre el prestigio del primero. En una sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, éste advirtió que un tratado internacional no podría sobreponerse al principio constitucional local del respeto a la dignidad humana —que desde luego, será entendido por el Tribunal primero según las pautas domésticas—. El fallo es sumamente ilustrativo, proviniendo sobre todo de una nación con una alta dosis de desarrollo jurídico, acerca de los topes nacionales de sometimiento a una convención.¹¹

Paralelamente, cabe observar que algunos documentos internacionales no establecen órganos jurisdiccionales de solución de controversias, con lo que el conflicto podría quedar sin resolver.

8. EL “ARGUMENTO ARISTOCRÁTICO”

Los conflictos de legitimidad, según este criterio, deben ser decididos según las pautas culturales prevalecientes en los países *mejores*. El grupo de los “mejores” estaría formado principalmente por países europeos Occidentales y otros pocos adscritos a su área cultural —Australia, Nueva Zelanda, Estados Unidos y Canadá—. Se trata de la élite de estados que históricamente compusieron el núcleo directriz del *concierto de las naciones*, vale decir, de las “naciones civilizadas”.¹²

¹¹ La sentencia referida no aborda, en verdad, el caso de un fallo de un órgano jurisdiccional supranacional al que el Tribunal Constitucional Federal alemán reputase —hipotéticamente, en un caso concreto—, lesivo de la dignidad humana. Queda abierta la incógnita de si en tal caso el fallo supranacional a que aludimos sería ejecutable en Alemania. Cfr. Aláez Corral, Benito, “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán del 12 de octubre de 1993”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales núm. 45, 1995, pp. 248-249. Cfr. también López Castillo, Antonio, “De integración y soberanía. El tratado sobre la Unión Europea ante la Ley fundamental alemana”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 40, 1994, pp. 207 y ss.

¹² No debe olvidarse que en la génesis del derecho internacional público, es decisivo el llamado “concierto europeo”, formado por las principales naciones de tal continente, que se autocalificaron como la cuna de la comunidad internacional civilizada y la gestadora de tal rama del derecho. Véase por ejemplo Díaz Cisneros, César, *Derecho internacional público*, Buenos Aires, TEA, 1955, t. I, pp. 118 y 123.

Derechos humanos: universalismo y relativismo

El argumento aristocrático —de tanta vigencia durante la *belle époque*— resulta hoy más una tentativa de estrategia de dominación que un principio aceptado. La crítica más dura que se le hace es que, de hecho, procura imponer, so pretexto de la universalidad de los derechos humanos, su propia versión particular de ellos, autocalificada como la única axiológicamente admisible, y por tanto con validez universal. Así, el cuestionamiento a la llamada “interpretación occidental” de los derechos humanos —tildada a menudo desde el este y el sur como “intervencionista, politizada y selectiva”, cuando no “eurocéntrica”—, es ahora constante en los foros internacionales. Bien se ha dicho, al respecto, que esta controversia puede no ser más que una manifestación del llamado “choque de civilizaciones”, que caracteriza el declinar del siglo xx.¹³

En concreto, la *solución aristocrática* de los conflictos externos de legitimidad pudo tener andamiaje, como toda fórmula aristocrática, en tanto que los “no mejores” dejaran decidir —o fueran obligados a dejar decidir— a los “mejores”. Si ese liderazgo es contestado, o si las ecuaciones de poder económico y político variaran en favor de los antiguos “no mejores”, cae también la receta que comentamos.

9. LA DOCTRINA DEL “MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL”

Se trata de una posición compatibilizadora. Inicialmente quedó formulada para comprender interpretaciones locales de derechos humanos en asuntos tales como su suspensión —por razones de seguridad nacional, peligro público, etc.—, o su limitación —motivos de utilidad pública, moral pública, etc.—; pero también puede operar como una herramienta de regulación de tales derechos. En concreto, pregona que los derechos personales no pueden evaluarse en abstracto, sino que cabe tener en cuenta las particularidades de cada nación, según las circunstancias, las materias y el contexto.¹⁴

¹³ Cfr. Arteaga Acosta, Horacio, “Los derechos humanos hoy: concepciones en conflicto”, en *Boletín de la Comisión Andina de Juristas*, Lima, núm. 45, 1995, pp. 10 y 14, con cita de las opiniones de Samuel Huntington sobre “*the clash of civilizations*”; Villán Durán, Carlos, “Significado y alcance de la universalidad de los derechos humanos...”, *cit.*, p. 348.

¹⁴ Véase sobre el tema Ganshof van der Meersch, Walter, “Le caractère «autonome» des termes et la «marge d’appréciation» des gouvernements dans l’interprétation

EL CURSO DE LOS DERECHOS

Aplicada la doctrina al caso de los conflictos axiológicos externos, ella obliga a distinguir un núcleo irreductible y no transable en el derecho en cuestión, de interpretación uniforme, y pegada a él, una superficie mayor, donde sí cabrían valoraciones distintas de ese derecho, según las modalidades socioculturales de cada comunidad. En lo que hace al núcleo central, cabe el sometimiento de la sociedad local a las pautas axiológicas globales: hay aquí un “piso mínimo”, que ningún Estado puede avasallar o desconocer. En lo que hace a la zona aledaña, imperaría el *margen de apreciación nacional*.¹⁵

Aparte de lo señalado, el “margen de apreciación nacional” se reduce cuando en los países miembros del convenio o tratado existen “estándares comunes” o “denominadores comunes” en torno al modo de entender un derecho. Por tanto, si los distintos países están de acuerdo en apreciar —por lo común— a un derecho de determinado modo, difícilmente podría invocarse por un Estado un “margen de apreciación nacional” diferente a esa interpretación compartida por los restantes.¹⁶

La doctrina del “margen de apreciación nacional” es interesante y necesaria a la vez, pero también trae sus bemoles.¹⁷ Por ejemplo, casi nunca está claro cuál es el límite entre la zona “irreductible” de un derecho, y la del comienzo del “margen de apreciación nacional”. La definición de esta duda queda, en definitiva, a cargo de los órganos

de la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, en AA.VV., *Protection des droits de l’Homme: la dimension européenne*, Berlín, Franz Matscher-Herbert Petzold, 1988, p. 207.

¹⁵ Véase sobre el núcleo irreducible de derechos inderogables Cançado Trindade, Antonio A., “Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights”, en *Recueil des cours de l’Académie de Droit International*, La Haya, 1987, t. 202, p. 402; Yourow Howard, Charles, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, La Haya, Boston, Londres, Kluwer Law International, 1996, pp. 15 y ss.

¹⁶ Ganshof van der Meersch, Walter, *op.cit.*, p. 214.

¹⁷ En un sentido profundamente crítico a la doctrina del margen de apreciación nacional, a la que califica como “no feliz creación en el seno de los órganos europeos”, y su posible repliegue en el futuro, cfr. el excelente estudio de Valiña, Lilianna, “El margen de apreciación nacional en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997, pp. 173 y ss., en especial 196-197.

Derechos humanos: universalismo y relativismo

jurisdiccionales —cuando los hay— custodios del convenio o tratado, por lo cual, en definitiva, renacería aquí el argumento jerárquico al que ya hemos hecho referencia.

10. LA DOCTRINA DEL ESFUERZO COMPARTIDO

Esta doctrina, asimismo contemporizadora, parte de varios supuestos.

El primero consiste en reconocer la situación del multiculturalismo como fenómeno sociológico natural, innegable e irreprimible. Que haya pueblos que piensen distinto es algo tan antiguo como la existencia misma del ser humano.

El segundo estriba en partir del supuesto de encontrar soluciones, o sea, de operar con un *animus* genuino y honesto de arribar a una receta equitativa, y no del “todo o nada”.

El tercero es que, para alcanzar una solución, cabe descartar posiciones aristocratizantes o basadas en la mera fuerza, para lo cual será casi indispensable formular concesiones y avenimientos mutuos. Tal puede ser la regla de oro de la convivencia. El factor tiempo —la fijación de etapas, por ejemplo— puede contribuir a esa armonización de posiciones contrapuestas. Delimitar el núcleo intangible y esencial de un derecho, de los segmentos secundarios del mismo, es otro punto al que cabe atender con prioridad.

Naturalmente, la doctrina del esfuerzo compartido no es incompatible con la doctrina del margen de apreciación nacional o con el argumento jerárquico, ni con ciertas recetas democráticas prudencialmente aplicadas.

11. UN ELEMENTO CORRECTOR: LAS CEGUERAS AXIOLÓGICAS

Para reprimir los excesos de cualquiera de los argumentos esgrimidos —v. gr., el “democrático”, el “jerárquico”, el del “margen de apreciación nacional”, etc.—, podría hacerse uso de la doctrina de las cegueras axiológicas.

La misma alerta que ciertas comunidades —pequeñas o grandes— pueden en determinados momentos perder parcial o totalmente su lu-

EL CURSO DE LOS DERECHOS

cidez valorativa, y admitir como aceptables soluciones profundamente ilegítimas. Son casos de patología psicosocial, cercanos a los que Werner Goldschmidt llama de “conciencia mala” de ciertos pueblos.¹⁸ La aceptación expresa o tácita de la mayoría de la comunidad alemana a Hitler, en pleno desarrollo del siglo xx, es un buen ejemplo de tal perturbación: pocos estarían en condiciones de argumentar que la política de discriminación y agresividad racial, bien sostenida por cierto años atrás a su elección popular por el futuro dictador en su célebre libro *Mi Lucha*, no podía provocar el holocausto que finalmente ocurrió, y que este fue una “sorpresa imprevisible”. Sin embargo, un grupo humano tan numeroso y culto —en términos comparativos— como la mayoría de la sociedad germánica, una de las más desarrolladas de la humanidad, instaló democráticamente al *Führer* —es decir, mediante comicios—, le dio legalmente poderes omnímodos y lo siguió en una empresa trágica que costó decenas de millones de muertos. Desde esta perspectiva, es claro que allí hubo una *ceguera axiológica*.

En síntesis, es posible algunas veces resolver un conflicto externo de legitimidad constatando en alguno de los grupos contrapuestos la existencia de una *ceguera axiológica*. Pero el problema, en tales casos, es de *quién* detecta la ceguera, y con qué autoridad ética lo hace. Por ejemplo, la mayor parte de los habitantes de los países Occidentales dirá —y no sin acierto— que cortarle la mano a un ladrón reincidente como sanción estatal, es hoy una ceguera axiológica lesiva de la dignidad humana. Pero pocos de aquellos países del primer mundo tendrán la suficiente sinceridad y humildad para reconocer que quitar “legalmente” la vida a seres por nacer, por la mera y discrecional decisión personal del abortante, tal como ocurre en varias de estas naciones, es *también* otra ceguera axiológica, mucho más grave —cuantitativa y cualitativamente hablando— que la mutilación del ladrón.

Un indicador bastante acertado de existencia de las cegueras axiológicas es la vergüenza de una sociedad que las practica, en reconocerlas como dato de su propia realidad. Por ejemplo, la prostitución infantil es un hecho practicado y consentido por varios gobiernos y por ciertos pueblos, a la luz de todo el que quiera verla, aunque oficialmente se la cuestione —muy tibiamente— o se la minifique, pretendiendo restarle magnitud. En otros casos, sin embargo, la ceguera axiológica

¹⁸ Cfr. Goldschmidt, Werner, *Ciencia de la Justicia. Dikelogía*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1986, pp. 45 y 377.

Derechos humanos: universalismo y relativismo

monta su propio aparato ideológico y airosamente sale al ruedo pretendiendo legitimarse. Así, se habla por algunos de un *derecho constitucional a la autodegradación*, cuando no a la *automutilación*, en aras —por ejemplo— de un sacrosanto derecho a la propia individualidad, o dicho con más sofisticación, de la “autonomía personal”, que siempre debería quedar inmune a políticas *paternalistas o proteccionistas* del Estado.¹⁹ En sentido parecido, las políticas de exterminio racial del nazismo tuvieron un nutrido arsenal argumentativo, que partía desde la cuasi negación o edulcoración de tal hecho —presentar los campos de concentración, *v. gr.*, como centros de trabajo— hasta, si era necesario, su pretendida justificación.

Aparte de ello, si existe una decidida opinión común en la casi totalidad de la humanidad en torno a la ilegitimidad de una conducta —la trata de blancas, la esclavitud, el rechazo a la tortura, etc.—, la admisión o tolerancia de la misma conducta por un pueblo determinado es, sociológicamente hablando, una hipótesis concreta de ceguera axiológica.

12. EL MULTICULTURALISMO INTRAESTATAL

Dejamos aparte esta situación porque tiene ribetes especiales. Cuando tal relativismo cultural tiene apoyo en la propia Constitución —es decir, cuando ella proclama la existencia de órdenes jurídicos distintos dentro de un mismo territorio estatal, cada uno de ellos portador de creencias, valoraciones y principios propios, y suma a ello la protección de ciertas identidades culturales, confiriendo además poder jurídico a las autoridades de los grupos del caso—, es la propia Constitución la que está tutelando cierta posible disparidad en el contenido y goce de los derechos personales.

De todos modos, por razones de seguridad jurídica, debe haber topes en esa disparidad, y debe haber una autoridad superior que los defina, en particular para tutelar el contenido esencial de los derechos. Hemos visto las fórmulas empleadas por las constituciones de Ecuador y Bolivia, que en última instancia confían en su Corte o Tribunal Cons-

¹⁹ En los casos “Bazterrica” y “Capalbo”, la minoría de la Corte Suprema de Justicia argentina se plantea el tema, precisamente, de si existe un derecho constitucional a la autodegradación, respondiendo negativamente a tal cuestión. Véase A, *Fallos*, 308:1392 y 1468.

EL CURSO DE LOS DERECHOS

titucional para asegurar la supremacía de la Constitución y del derecho internacional de los derechos humanos, y que regulan procedimientos específicos, de derecho procesal constitucional, como una acción extraordinaria contra decisiones de la justicia indígena, o un mecanismo de consulta, aparte de la facultad de deslindar competencias entre la jurisdicción ordinaria y la indígena.

En estos casos, al Tribunal o Corte Constitucional tiene una delicada función jurídica y política de árbitro institucional y de custodio del contenido esencial de los derechos. La ley ecuatoriana de garantías constitucionales es útil al respecto, cuando subraya el ánimo que debe presidir, en ese trabajo, al máximo tribunal constitucional: asumir la realidad intercultural, nutrirse de la voluntad de encontrar alternativas de ensamble, evitar soluciones rígidas, monoculturales o etnocéntricas. Por nuestra parte, añadimos la vieja fórmula de Benjamín Cardozo, destinada en su momento para dirimir las contradicciones, aparentemente insolubles, que puedan anidar en una Constitución: de ser necesario, compatibilizar lo incompatible.

Es una receta que apunta al método jerárquico para resolver los conflictos, pero que nada impide que haga uso, igualmente, de la doctrina del margen de apreciación nacional —léase, del margen de apreciación de las comunidades en juego— y del esfuerzo compartido. Tampoco, desde luego, del análisis de eventuales cegueras axiológicas, ya en la sociedad nacional total, ya en alguna comunidad específica.

Varias sentencias de la Corte Constitucional de Colombia son una muestra de una tentativa de esa contemporización. Sus veredictos en materia de sanciones corporales, proselitismo religioso y de derecho de defensa en juicio, con relación al derecho indígena, pueden ser —y de hecho son— discutibles. Pese a ello, implican fórmulas y ecuaciones jurídicas de compatibilización, por más que el analista pueda no siempre compartirlas.

13. EVALUACIÓN

1. Una variable singular de conflictos externos de legitimidad —de una comunidad o grupo de comunidades con otro grupo— se plantea en el caso de la adhesión de sociedades distintas, con valoraciones a menudo disímiles, a un mismo documento

Derechos humanos: universalismo y relativismo

jurídico inter o supranacional. Siempre han existido pueblos que han manejado diferentes valores y escalas de valores. Lo novedoso es que antes esas comunidades no se sometían a un mismo techo jurídico, en tanto que ahora, frente a procesos de globalización y de pretensión de universalidad de los derechos humanos, la adhesión de esos pueblos con valoraciones contrapuestas a un convenio o declaración común es cada vez más frecuente.

2. El intento de resolver esos conflictos externos de legitimidad principia por asumirlos, vale decir, por reconocerlos como dato natural del actual desarrollo jurídico de la humanidad.
3. El segundo paso consiste en intentar fórmulas razonables de armonización. Ellas consisten, primero, en consensuar dos cosas: quién decide, y en base a qué decide.
4. En definitiva, cabe necesariamente pensar en organismos jurisdiccionales supranacionales equitativamente constituidos e integrados con sujetos poseedores de especiales cualidades éticas y técnicas, aptos para comprender el conflicto y brindar soluciones prudentes acordes con el grado de desenvolvimiento global, por un lado, y las posibilidades reales de las comunidades en juego, por el otro. Sus integrantes deben ser concientes, en particular, de que un Estado o una comunidad —o varios Estados y sus pueblos— por más civilizados que fueren, o que se consideren que lo son, carecen hoy del derecho providencial de imponer a otras sociedades su modo de pensar o de calificar lo justo e injusto. El “argumento aristocrático” de decisión de estos conflictos no es, pues, convincente.
5. El “argumento democrático”, que define el conflicto en favor de los criterios de legitimidad del grupo de naciones o de sociedades más numeroso, tiene andamiaje sociológico solo en los supuestos en que esa mayoría sea abrumadora y opte por una respuesta objetivamente razonable.
6. Una advertencia cada vez más evidente es que la observancia y el entendimiento común de los derechos personales en un mundo globalizado no son ajenos a un también común piso económico y cultural que dé las bases fácticas y sociológicas para sentirlos en cualquier parte del mismo modo. Distintos es-

EL CURSO DE LOS DERECHOS

cenarios y contextos producirán muy probablemente diferentes visualizaciones axiológicas sobre un mismo precepto jurídico.

7. En tal quehacer, cabe constatar que en ciertas áreas es posible lograr un alto grado de uniformidad axiológica en torno a lo que es legítimo y lo que es ilegítimo, pero que en otras no va a ser pronto así. El consenso axiológico es pues una meta, no una realidad. El tránsito hacia la convergencia en criterios comunes de legitimidad puede lograrse en parte profundizando el análisis de las cegueras axiológicas, y realizando una inteligente aplicación de la doctrina del “margen de apreciación nacional” y del “esfuerzo compartido”.
8. El factor tiempo será igualmente indispensable para intentar compatibilizar los conflictos axiológicos, que subsistirán durante lapsos prolongados —o tal vez no desaparezcan nunca— y con los cuales será necesario convivir.
9. En el interior de un país, el reconocimiento constitucional de naciones o grupos con derechos y autoridades propias importa un nuevo dato de la experiencia constitucionalista, en particular latinoamericana. Es casi inexorable que aparezcan aquí conflictos de coexistencia jurídica. Cabe advertir, no obstante, que resulta indispensable determinar con claridad qué órgano y con qué pautas debe tutelar el contenido esencial de los derechos humanos, por encima de aquellas heterogeneidades normativas y culturales. En la realidad, ello ha provocado ya nuevos aportes para el derecho constitucional y el derecho procesal constitucional.