

# UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS E INTEGRACIÓN

### 1. “UN SOLO MUNDO”

En la medida en que se intensifica la interconexión de los espacios geopolíticos y la *interdependencia* de las naciones, la justicia y la política tienen que abrir sus horizontes de pensamiento a perspectivas que van más allá del sistema jurídico doméstico y de los intereses nacionales para adoptar, en sus decisiones más importantes, un punto de vista moral universal. Esta parece ser una exigencia histórica necesaria, y no meramente moral, si se quiere estar a la altura de los desafíos que plantean en el mundo del siglo XXI las cuestiones globales de la preservación del medio ambiente o del equilibrio ecológico del planeta, que amenazan la supervivencia de la especie; los desplazamientos de las poblaciones, el pluralismo democrático y el multiculturalismo de la sociedad civil; los problemas irritantes de las desigualdades cada vez más extravagantes, de la pobreza, de la exclusión, del terrorismo internacional, etc.

La soberanía interna y externa de los Estados ha sido una estrategia política que jugó un papel importante en la historia moderna. Pero este instituto parece hoy más bien un obstáculo que una herramienta eficaz para encarar los nuevos problemas de un mundo que se hace cada vez más pequeño. La evaluación de este atributo del Estado y la conveniencia o no de limitarlo es una cuestión que tiene que discutirse en el terreno político y del derecho constitucional. Pero lo cierto es que la soberanía no conlleva en sí misma ningún valor moral *intrínseco*, cuya restricción deba afectar nuestros sentimientos morales.<sup>1</sup> Ha tenido, en todo caso, un valor *derivado* de su relativa utilidad para pacificar internamente a la sociedad, garantizar el respeto de los derechos, la defensa de la seguridad y el bienestar de los

---

<sup>1</sup> Cf. Peter Singer, *One World*, (2002), *Un solo mundo. La ética de la globalización*, Paidós, Barcelona, 2003, p. 161. Del título del libro de P. Singer he tomado el de este apartado.

ciudadanos frente a posibles agresiones externas, etc. No obstante estas relativas justificaciones, conjeturo que en tiempos venideros no tan lejanos la soberanía concedida por los ciudadanos o por la sociedad al Estado, y ratificada con las aludidas razones por la filosofía política de la modernidad, resultará tan incomprendible como lo es para nosotros el hecho de que, por ejemplo, un filósofo de tanta finura moral como Aristóteles, haya podido reconocer un atributo muy semejante al varón sobre la mujer en el ámbito doméstico, y haya podido defender la institución de la esclavitud.

Parece claro que hoy, más que nunca, es vital para la humanidad el respeto del derecho internacional, pero este derecho está evolucionando precisamente en el sentido de la limitación de la soberanía, hacia formas de integración regional y global más fuertes. Por otro lado, un razonamiento de la más pura cepa hobbesiana podría poner en evidencia que las limitaciones actuales de la capacidad de la mayoría de los Estados que tenemos para proteger a sus ciudadanos, han de ser también los límites de su soberanía. (Th. Hobbes había realizado la más consistente justificación de la soberanía absoluta del Estado en las condiciones políticas del siglo XVII, basándose precisamente en el principio *protego ergo obligo*). Para ilustrar la conciencia de estos límites no es necesario mencionar los casos extremos del fracaso reciente de los Estados como en Camboya, la antigua Yugoslavia, Somalía, Ruanda o Indonesia, que ponen en evidencia la imperiosa necesidad de implementar otros medios jurídico-políticos para evitar las atrocidades que hemos visto en esos lugares. También en Argentina y en América Latina los Estados han fracasado de alguna manera, y siguen fracasando en sus responsabilidades básicas de protección de los derechos humanos de los ciudadanos, del derecho al trabajo, a una vida digna, etc.

La integración no es por cierto ninguna fórmula mágica para resolver todos estos problemas y la forma actual de la globalización es la que ha causado, o agravado muchos de ellos. El conocido libro de Toni Negri y M. Hardt (*Imperio*, 2000) sobre la forma que podría cobrar en el futuro la integración del mundo y sus tesis sobre el fin de la soberanía del Estado nación y, por lo tanto, de los proyectos imperialistas, superados por un imperio global y extraterritorial que no es un Estado, ha dado lugar a extendidos debates en el mundo, que prometen renovarse con el nuevo libro de los mismos autores: *Multitude, war and democracy in the age of empire* (2004).<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> La traducción castellana, T. Negri, M. Hardt, *Multitud, guerra y democracia en la era del imperio*, está anunciada por Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2004. Cf. "Negri, en el centro de la tormenta global", entrevista al autor por H. Pavon, en *Ñ Revista del Cultura*, Clarín, 28 de agosto de 2004.

El avance irreversible del proceso de integración de la humanidad implica un desafío muy grande para los ordenamientos jurídicos y la administración de la justicia. El siglo XXI será sin dudas una época de ampliación, desarrollo y grandes transformaciones del derecho. Se plantea en este contexto la pregunta sobre cuál será la posición del Poder Judicial en este proceso. La avanzada experiencia de integración de la Comunidad Europea ha llevado a hablar de una verdadera revolución jurídica que transforma sustantivamente el lugar y la función de los jueces. Sería prematuro pronosticar que esta experiencia marca el camino de la evolución de otras regiones y de la integración global, pero lo cierto es que no puede ya dejar de tenerse en cuenta al hablar de la función de los jueces y de la ética de la profesión judicial.

La introducción de un nivel jurídico superior a la ley nacional ha causado una verdadera revolución jurídica en el sentido literal de la expresión, es decir una rotación, al final de la cual los elementos se encuentran en una posición exactamente opuesta a la que ocupaban antes. El soberano, que era ayer aún la última instancia [y no debía responder ante nadie], se ha visto superado por una instancia más alta ante la cual todos sus actos podrán ser revisados. La Justicia, que era un órgano del Estado, encarna de pronto el foco de donde proviene [la validación de] la legitimidad del Estado. La voluntad general ya no puede pretender el monopolio de la producción del derecho [a través de la representación política del Parlamento] sino que debe compatibilizarse con unos principios contenidos en textos superiores a la ley, como son, no sólo la Constitución nacional, sino también el Tratado de Roma, luego el de Maastricht, la Convención Europea de los Derechos del Hombre, y los demás acuerdos internacionales [que desembocan en la Constitución Europea]. El derecho contiene ahora cada vez más núcleos duros indisponibles para la voluntad popular. La soberanía de los representantes del pueblo se ve sometida a principios formulados en textos de enunciado claro y preciso, pero de una gran densidad moral [...] que se convierten en fuentes de las que los jueces pueden tomar directamente la inspiración de sus juicios, más allá del Estado que los ha designado”.<sup>3</sup>

## 2. “UN ESTADO DE DERECHO COMÚN EN EL MUNDO”<sup>4</sup>

La idea de un derecho común o “cosmopolita”, fundado en los derechos humanos como derechos morales universales, hace abstracción en este capítulo de

<sup>3</sup> A. Garapon, *Juez y Democracia*, Madrid, 1997, pp. 35-36. Cfr. también: M. Delmas Marty, *Pour un droit común*, Éd. Du Seuil, París, 1994; G. Canivet, “Le droit communautaire et l’office du juge national”, *Droit et Société*, 1992, n° 20-21.

<sup>4</sup> Este apartado recupera el título de un artículo por aparecer en la revista *Diálogo Político* de la Fundación Konrad Adenauer, 2004, cuyos contenidos, ampliados y referidos al tema específico de este libro, se retoman en el presente capítulo.

los problemas del derecho internacional que intenta regular las relaciones entre los Estados; hace abstracción también de las teorías o propuestas políticas de la construcción de un orden mundial que avance más allá del “modelo de Westfalia” del equilibrio de las potencias, de los proyectos para reformar o mejorar el modelo teóricamente vigente de la Carta de las Naciones Unidas, así como de la actual situación de hegemonía *de facto* de una superpotencia dominante que se arroga, en abierta violación del derecho internacional, la facultad de decidir unilateralmente intervenciones militares en otros Estados. La idea con la cual voy a trabajar en este capítulo se inspira en el ideal cosmopolita del estoicismo antiguo, que se reencuentra en Kant, y que ha sido reactualizado por algunos pensadores contemporáneos como M. Nussbaum. La expresión griega *kosmou politês* atribuida por D. Laercio a Diógenes el Cínico, no tiene que ver con una idea de gobierno mundial, y conlleva más bien un sesgo antiestatal (O. Höffe, 1999, p. 3).

El conjunto de esas abstracciones metódicas obedecen a la finalidad de acotar el tema al espacio aquí disponible, pero ello no significa desconocer o restar importancia sin embargo al hecho de que el progreso hacia la implementación efectiva de un derecho cosmopolita requiere por cierto la existencia de un derecho internacional y de un orden político global más democrático, más justo y más avanzado que lo que tenemos en la actualidad. Los avances en estos otros campos pueden realizarse además de muy diferentes maneras, y existen de hecho distintas propuestas teóricas rivales al respecto, que no podría discutir en este lugar. Si bien trataré de evitar aquí esos debates políticos, los puntos de vista que voy a proponer sobre los derechos humanos y sobre el Estado de derecho cosmopolita pueden valer también en sentido general como contribuciones para la discusión de las condiciones de legitimidad del derecho internacional y de la constitución de un orden político global diferente. Esta idea de un derecho cosmopolita, tal como aquí la entiendo, comprende el reconocimiento universal de los derechos humanos como *derechos fundamentales* y se conecta con la tradición antigua del *derecho de gentes*<sup>5</sup> que ha sido recuperada en algún sentido recientemente por J. Rawls en su último libro *El derecho de gentes* (2001).<sup>6</sup> De este libro de Rawls rescato en este

<sup>5</sup> En el lenguaje actual suele considerarse la expresión *derecho de gentes* simplemente como un sinónimo arcaico del derecho internacional público que rige principalmente las relaciones entre los Estados. Esta es la definición del término que puede verse en Ph. Raynaud y St. Rials (eds.), *Diccionario de filosofía política*, Madrid, 2001, pero no era el sentido originario de la expresión, ni en el derecho romano ni en la escolástica.

<sup>6</sup> El lector del último libro del autor de *Una teoría de la justicia* tiene que experimentar una gran decepción al no encontrara tampoco en este libro especialmente referido a la justicia en el ámbito internacional un tratamiento del más grave problema moral de la existencia de más de 1.000 millones de personas excluidas y desamparadas en el mundo actual y de las obligaciones de los individuos que viven en la opulencia, sobre todo en los países más ricos frente a este escándalo irritante de las desigualdades “extravagantes” que él mismo denunciaba como injusticia dentro de la sociedad norteamericana, en su primer libro. No obstante esta notable falencia que no puedo dejar de marcar, el libro aporta buenas ideas en otros aspectos, como ha sido siempre el caso en este autor.

lugar especialmente la idea de que *los sujetos del derecho de gentes no son los Estados*, como es el caso del derecho internacional en su concepción más corriente, *sino los pueblos*. No “el hombre” en abstracto, ni “la humanidad” como un colectivo, sino las diferentes comunidades concretas, o pueblos, los cuales tienen sus ordenamientos domésticos en los Estados, pero cuya facultades jurídico-políticas y morales no deben quedar clausuradas en estos espacios particulares.

La idea de pueblo es crucial en este punto, por cuanto nos habilita para atribuir a los pueblos como actores motivos morales que no podemos predicar de los Estados [...] Debemos reformular las facultades de soberanía a la luz de un razonable derecho de gentes y negar a los Estados derechos a la guerra y a la irrestricta autonomía interna [...] Con este último aspecto tiene que ver, de manera más obvia, la función de los derechos humanos, como resultado del esfuerzo por definir y limitar la soberanía interna del Estado (Rawls, 2001, pp. 29 y 38).

Es importante destacar el concepto de “pueblos” que usa aquí Rawls, en cuanto actores independientes de los Estados, con presencia en el espacio global, protegidos por un *derecho de gentes* no estatal y superior a su jurisdicción, el cual se conecta directamente con los derechos humanos universales como derechos morales anteriores a los Estados y al derecho positivo, y faculta a los pueblos a cuestionar la soberanía de su propio Estado y a limitar sus facultades, tanto en el orden interno como en el de las relaciones internacionales. Este concepto plantea la necesidad de una redefinición de las categorías clásicas del derecho moderno y del Estado que, por lo menos desde Hobbes, habían definido al “*populus*”, por su referencia al Estado, y en contraposición con “*multitudo*”, que se conectaba más bien con la idea de *sedición*.<sup>7</sup> Habría que remitir aquí, más allá de Rawls, a los autores que están recuperando actualmente el concepto de *multitud*.<sup>8</sup>

El punto de vista de este ensayo se diferencia en cambio netamente de la concepción de un derecho penal internacional en el sentido de *Peace trough Law* de H. Kelsen (1944), el cual imaginaba “un sistema de seguridad internacional caracterizado por un alto grado de centralización” que podría garantizar la paz entre los Estados y eliminar la guerra mediante la fuerza de la ley. El fantasma de un gran Leviatán planetario que concentra el monopolio de la fuerza conlleva en la práctica la abolición de la independencia y del pluralismo político de los Estados, y esta “utopía”, que ha sido renovada por algunos autores contemporáneos, me

<sup>7</sup> Cf., Th. Hobbes, *De Cive*, cap. VI, 1 y cap. XII, 8; trad. al español *Sobre el ciudadano*, Trotta, 2002, pp. 55-56 y 105.

<sup>8</sup> Cf. Paolo Virno, *Gramática de la multitud*, Colihue, Buenos Aires, 2003, esp. el “Prefacio”: “Pueblo vs. Multitud. Hobbes y Spinoza”, y cap. 3: “Las multitud como subjetividad”, pp. 75-106; también: Giorgio Agamben, *La comunidad que viene*, Pretextos, 1999; y los libros de T. Negri, citados en la nota 2.

parece tanto o más terrorífica que la guerra que se cree poder eliminar de una sola vez y para siempre por este medio. Si bien este no es aquí el tema quisiera intercalar una observación de D. Zolo sobre las propuestas mencionadas. “La suma de las propuestas del pacifismo legalista se caracterizan por el supuesto racionalista de que es posible ‘desarmar a los Estados’ y ‘abolir la guerra’ mediante instrumentos jurídicos normativos [...] Estas propuestas terminan apoyando a los que piensan que la paz solamente se podría lograr concentrando en manos de una organización internacional una fuerza militar (o policial) tan poderosa que fuera capaz de sofocar todo conflicto local o regional [...] Cualquier ‘operación policial’ ejercida por un órgano supranacional que posee el monopolio mundial de la fuerza, está destinado a asumir todas las connotaciones de la guerra. La guerra del Golfo demostró la imposibilidad teórica y práctica de distinguir entre una operación de policía internacional y una guerra en el pleno sentido de la palabra [y mucho más la continuación de aquella operación con la posterior invasión de Irak] [...] Finalmente [...] una guerra librada en nombre, o por cuenta de un supremo organismo internacional, inevitablemente, tiende a asumir no sólo las características de una guerra legal y legítima, sino también las de una ‘guerra justa’, las de una cruzada en nombre del orden mundial [...] en la que se tiende a criminalizar al enemigo como moralmente innoble, como enemigo de la humanidad y como encarnación del mal”.<sup>9</sup> Tales operaciones justicieras se transforman fácilmente en las guerras más inhumanas, desproporcionadas y carentes de límites, como había advertido ya C. Schmitt.

Pienso que es importante defender tanto el pluralismo político en el interior del Estado, como el pluralismo político de los Estados en el mundo, porque ambos son condiciones necesarias, aunque no suficientes, de la existencia de la libertad y de la democracia. Pero la preservación del pluralismo como un valor importante no puede llevarnos a olvidar la igualdad de todos los hombres como sujetos de los mismos derechos fundamentales, ni a desconocer el hecho de que el mundo es uno solo, y que el proceso de la integración global aparece como un hecho irreversible. Pueden y deben cuestionarse en muchos aspectos las formas actuales de la unificación del mundo, especialmente porque “parece que en este proceso toda identidad se encuentra amenazada; pero sin embargo, al mismo tiempo, la apertura a la universalidad que se realiza en todas las dimensiones de la vida social, política,

<sup>9</sup> Danilo Zolo, *Cosmópolis (Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial)*, Paidós, Barcelona, 2000, pp. 159-60. Este libro contiene una buena crítica, sobre todo a la concepción del “nuevo orden mundial” y al ejercicio unilateral del poder militar de los EE. UU. en la política internacional. Hubiera sido mejor, sin embargo, aunque quizás menos comercial, que el autor dejara como título del libro el que figura en letras pequeñas en la tapa como subtítulo, porque la palabra “cosmópolis”, como he dicho, tiene otras connotaciones que podrían y deberían rescatarse.

Sobre este mismo problema, cf. el libro editado por Bernat Riutort Serra, *Conflictos bélicos y nuevo orden mundial*, Barcelona, 2003, así como el libro del mismo autor: *Razón política, globalización y modernidad compleja*, El Viejo Topo, España, 2001.

económica y cultural, tiene su raíz más profunda en la relación esencial de identidad y universalidad que es constitutiva de la autoconciencia racional propia del hombre”.<sup>10</sup>

### 3. LOS DERECHOS HUMANOS

Voy a prescindir aquí de una exposición sobre la fundamentación filosófica de los derechos humanos. De ninguna manera pienso que el debate de fondo sobre este problema carezca de significado, o sea un debate ocioso. Creo por el contrario que la filosofía política contemporánea tiene mucho que aprender, por ejemplo, de la idea clásica, de base antropológica y metafísica, del derecho natural, y de las teorías procedimentales de carácter trascendental kantiano, o reconstructivistas, de la ética y del derecho. Pero ese no es el tema de este ensayo y creo, además, que es posible partir de una explicación más modesta de los derechos humanos que nos permitirá aventar los reparos hoy en boga contra esta doctrina, especialmente los que “se travisten bajo la capa del multiculturalismo o el derecho a la diferencia”<sup>11</sup> y trabajar en el tema propuesto con una idea provisoria, pero suficientemente clara de los derechos humanos como universales.

El reconocimiento de los derechos humanos es, de hecho, el resultado de un lento y trabajoso proceso de *aprendizaje* que se ha desarrollado a lo largo de toda la *evolución histórica* de la civilización humana, y este aprendizaje es siempre, todavía, una tarea inconclusa, que tiene avances y retrocesos, y que no podrá darse nunca por concluida mientras la historia siga en movimiento y el futuro permanezca abierto. La civilización humana comprende una pluralidad de culturas y de historias particulares en las cuales estas situaciones y relaciones sociales más o menos estabilizadas y previsibles, con fuerza normativa, que llamamos “derechos”, han cobrado formas y desarrollos especiales y desiguales, pero en el contexto de estas diferencias culturales se reencuentran los rastros de procesos análogos de aprendizaje. Una de estas constantes históricas es que los seres humanos no han nacido en ninguna parte con la formación (*Bildung*) moral y jurídica incorporada como cualidades naturales. Por eso debemos decir que *el lenguaje* del “derecho natural” es de alguna manera equívoco y esta equivocidad se ha transferido al discurso de los derechos humanos. La idea y la realidad de los derechos son *conquistas históricas* que se han logrado en los diferentes lugares mediante procesos similares de *luchas por el reconocimiento*. Esta historia ha tenido que recorrer duras etapas de reconocimiento selectivo y unilateral, como en las relaciones de

<sup>10</sup> J. De Zan, “Identidad y universalidad en Paul Ricoeur”, en *Erasmus*, Revista Latinoamericana Interdisciplinaria del ICALE (Intercambio Cultural Alemán Latinoamericano), n° 1, Río Cuarto, 1999, pp. 69-84.

<sup>11</sup> La expresión es de Amelia Valcarce, *Ética para un mundo global*, Madrid, 2002, p. 62.

*dominación y servidumbre*, hasta alcanzar la forma de un reconocimiento recíproco e igualitario, que es el único que merece el nombre de “estado de derecho”. En una primera instancia el reconocimiento recíproco ha sido todavía selectivo y limitado, *entre nosotros*, los miembros de una comunidad particular, o los ciudadanos de la *polis*, como en el caso de la antigua *polis* griega y de su filosofía (Platón y Aristóteles) en la que *la exclusión de los otros*, de los no helenos y de los esclavos, no era experimentada todavía como un problema moral. Una nueva etapa de este proceso histórico es el que se alcanza con la universalización de este reconocimiento recíproco y la formación, que tiene lugar en algunas culturas, del concepto de *persona* (moral y jurídica) que debe ser reconocida como tal, con iguales derechos que toda otra persona, independientemente de su nacionalidad, género, clase social y cualquier otra determinación particular. De esta manera se ha formado en la historia el sentido de los derechos humanos, cuya formulación se produce en primer lugar, para nosotros, en el ámbito de la cultura occidental europea. Las fundamentaciones filosóficas de estos derechos son por lo tanto todas tardías y a posteriori.<sup>12</sup>

Si bien los textos declarativos de los derechos humanos han sido firmados casi unánimemente por los países actuales, sigue existiendo la sospecha de que la formulación de su contenido refleja más que nada el resultado de la historia particular del occidente europeo. A partir de las formas de servidumbre del antiguo régimen feudal, de los privilegios hereditarios de la nobleza y de las crueles guerras de religión desencadenadas después de la Reforma protestante, se inicia el distanciamiento crítico ilustrado frente a las tradiciones premodernas, la negación de los antiguos privilegios feudales, las luchas por la igualdad de los derechos y el nacimiento del sentido de las libertades privadas que caracteriza a la modernidad. En este contexto del individualismo de la sociedad burguesa y el trabajoso aprendizaje de la tolerancia que los hombres se han visto forzados a aceptar como consecuencia de estas experiencias, se llega a la declaración universal de los derechos humanos. No obstante la pretensión de universalidad de estos derechos, y de la moralidad de tipo kantiano, sus principios son también, por cierto, el producto de la evolución de una historia particular, la de la cultura y la filosofía occidental, que ha llegado con la Ilustración a este *punto de vista moral*. Esta comprobación de su origen, o de la génesis histórica, no representa todavía sin embargo ningún argumento para la impugnación de la validez racional de estas ideas. Las *explicaciones* genealógicas se refieren a cuestiones de hecho y poco aportan a la *comprensión del sentido y la posible validez* del pensamiento, a la legitimación o deslegitimación de derecho (*la quaestio juris*), salvo en las materias regidas por leyes hereditarias

<sup>12</sup> Cf. Axel Honneth, *La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales*, Crítica, Barcelona, 1997.

(como los títulos de nobleza o de propiedad privada). Estas explicaciones causales históricas debilitan sin embargo la fuerza probatoria de las deducciones de tipo racionalista y plantean la necesidad de una hermenéutica de la sospecha. Del conflicto de las interpretaciones solamente se puede salir situando la cuestión en el terreno del diálogo crítico y de los procedimientos del discurso racional para la búsqueda del entendimiento intersubjetivo acerca de la verdad, o de las pretensiones de validez cuestionadas. El reconocimiento de la pretensión de universalidad de los contenidos que se incluyen en los derechos humanos tiene que ponerse a prueba y pasar por la confrontación con los intereses legítimos de los diferentes sectores de la propia sociedad, y con las convicciones del *ethos* de las otras culturas. De esta confrontación saldrán probablemente enriquecidos, pero también purificados y despojados del sesgo particular de su contexto de origen en la sociedad burguesa y en la Ilustración europea. Pero esta historia del diálogo intercultural, que permite abrir efectivamente el etnocentrismo, no podrá ni siquiera comenzar si de entrada abandonamos la pretensión de universalidad de nuestras propias convicciones, y quedamos encerrados en el dogmatismo y el relativismo, que concibe la diferencia de las culturas, o de la conciencia social de las clases, como mónadas cerradas e incommunicables, que nada tienen en común y, por lo tanto, no pueden entenderse ni aprender las unas de las otras. A quienes se oponen al discurso de los derechos humanos por temor a caer en el odioso etnocentrismo occidental nordatlántico, podríamos invitarlos a considerar el hecho de que, parafraseando expresiones del filósofo del derecho Bruce Ackerman, ya no hay ninguna cultura en la que las mujeres no ansien la igualdad de derechos, ninguna sociedad en la que los individuos no deseen ser respetados como personas, ningún país alejado del Atlántico norte en el que las personas no aspiren a disponer de los medios mínimos para satisfacer adecuadamente las necesidades de la subsistencia y disfrutar de alguna forma de bienestar, etc.

Se ha intentado buscar en las historias de otras culturas valores y contenidos homologables a las formulaciones occidentales de los derechos humanos. Como ha mostrado Paul Ricoeur, es necesario sin embargo asumir la siguiente paradoja: “por una parte, mantener la pretensión universal vinculada a algunos valores en los que lo universal y lo particular se encuentran entrecruzados; por otra, ofrecer a la discusión esta pretensión de universalidad, en confrontación con las convicciones propias de otras formas de vida”. Esta situación se plantea siempre, y no solamente con respecto a los derechos humanos, en la medida en que nuestro pensamiento no traba con *universales puros*, sino *contaminados* por la particularidad y la historicidad de nuestras propias experiencias. “Esta noción de universales en contexto, de universales potenciales o incoativos es, a mi entender —continúa el autor citado— la que mejor explica el equilibrio reflexivo que buscamos entre universalidad e historicidad. Solamente una *discusión real*, en la que las convicciones

diferentes son invitadas a elevarse por encima de las meras convenciones, podrá decir, al término de una larga historia [de diálogo intercultural] aún por venir, qué presuntos universales llegarán a ser universalmente reconocidos como tales” (P. Ricoeur, 1996, p. 319).

Un buen ejemplo de este problema me parece el libro de C. Nino: *Ética y derechos humanos* (1984), el cual presenta una muy buena exposición sistemática (la más clara que yo he leído) de los derechos humanos fundamentales como “derechos morales” universales. Pero el libro de Nino, de directa inspiración rawlsiana, fue escrito diez años antes de que el propio Rawls publicara su segunda obra fundamental: *Political Liberalism* (1993) donde es posible ver de manera sistemática las autocorrecciones de la concepción que había expuesto en *Una teoría de la justicia* (1971) y en las que el autor venía trabajando desde hacía algunos años. A la luz de este otro libro de Rawls, la enumeración y el desarrollo que hace Nino de los derechos humanos aparece demasiado concretista y comprometida con una particular filosofía sustantiva del liberalismo. Debería criticarse por lo tanto como “una doctrina comprensiva” del tipo de las que no pueden ingresar sin más en el discurso público, porque son expresión de un “liberalismo filosófico” y no político en el sentido de Rawls, el cual contiene demasiados presupuestos que no son compartidos por quienes profesan otras concepciones del hombre y de la filosofía política y otras ideologías diferentes del individualismo liberal. Este buen libro de nuestro malogrado compatriota debería alivianarse entonces de esos compromisos filosóficos sustantivos para destilar de su sistematización una doctrina universalizable que pudiera adecuarse a la idea de la “razón pública” del *Liberalismo político*, a fin de poder ingresar sin reparos en el discurso público del derecho y de la política. (La mencionada idea de razón pública ha sido más aclarada por Rawls en la nueva introducción a la edición inglesa del citado libro de 1996, y revisada nuevamente en su tercer libro principal: *The Law of Peoples*, de 1999, como se ha visto en el capítulo 2.4). No obstante estas observaciones, podemos encontrar en el libro de Nino también buenas indicaciones formales procedimentales que sería posible explicitar y desarrollar para reemplazar la fundamentación más sustantiva en la que el autor introduce sus propias convicciones filosóficas y políticas particulares, por cierto muy respetables, y muchas de las cuales uno puede compartir personalmente, pero que no podrían darse por presupuestas en otros contextos culturales e ideológicos, y no tan lejanos, sino incluso en ámbitos más representativamente latinoamericanos.

Las múltiples declaraciones sobre los derechos humanos suscriptas por la mayoría de los Estados representan sin duda un progreso moral, pero tampoco instituyen estos derechos, sino que formulan y ratifican algunas de las conquistas generalizables de las luchas sociales que han tenido lugar en diferentes pueblos. Pero la protección efectiva de estos derechos requiere todavía por cierto otro paso

decisivo. Como ha escrito Norberto Bobbio: “Sólo se podrá hablar con verdad de protección internacional de los derechos humanos cuando una jurisdicción internacional consiga imponerse y superponerse a las jurisdicciones nacionales, y se realice el paso desde la [supuesta] garantía dentro del Estado, que todavía caracteriza predominantemente a la fase actual, hasta la garantía *contra* el Estado”.<sup>13</sup>

La garantía de los derechos humanos presupone el reconocimiento por parte de los Estados del derecho de cada sujeto humano individual para apelar a instancias exteriores al propio Estado, toda vez que haya sufrido vejaciones o abusos, y entienda que no ha sido adecuadamente satisfecho su reclamo de justicia. El reconocimiento de este derecho implica una limitación de la soberanía del Estado, la aceptación de una jurisdicción independiente y el otorgamiento a la instancia externa de los organismos internacionales de un poder suficiente para que sus decisiones sean respetadas. El antecedente más relevante en la historia contemporánea son los estatutos del Tribunal Militar Internacional establecido por los aliados para juzgar a los principales criminales de guerra nazis en Núremberg, el cual le confería jurisdicción sobre tres clases de crímenes: crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, como asesinar, exterminar, esclavizar o deportar a cualquier población civil y en general, así como las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos. Este tipo de actos eran calificados por el mencionado estatuto como crímenes “ya sea que supongan o no la violación de las leyes locales del país donde fueron perpetrados”.

Otro antecedente importante es la Convención contra la Tortura, de 1984, ratificada por 110 Estados, que acepta el principio de responsabilidad penal internacional por crímenes de lesa humanidad cometidos por instigación o con la tolerancia de las autoridades estatales. Este instrumento, que había sido firmado también por Chile, fue el antecedente en el que se fundamentó el apresamiento de Pinochet en el Reino Unido, accediendo al pedido de un tribunal español, para ser juzgado por crímenes cometidos en Chile. Otro antecedente que suele citarse es el juicio y la ejecución de Adolf Eichmann en Israel, aunque su captura en la Argentina fue un secuestro que no respetó ningún procedimiento jurídico. Hasta entonces se trataba de acuerdos internacionales para establecer tribunales temporales para el juicio de delitos especiales, o de iniciativas de algún Estado que invocaba una jurisdicción internacional.

Para que el procesamiento de crímenes de lesa humanidad sea un instituto permanente del derecho internacional, representantes de 160 Estados reunidos en Roma en 1988 acordaron, por una abrumadora mayoría, establecer una Corte

---

<sup>13</sup> Bobbio, Norberto, *L'Età dei diritti*, Turín, 1990, p. 37 (hay traducción española *El tiempo de los derechos*, Madrid, 1991); *El tercero ausente*, Madrid, 1997.

Penal Internacional, asociada con las Naciones Unidas y con sede en La Haya. Dicho tribunal dispone de un fiscal que puede realizar acusaciones por genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra contra individuos que sean ciudadanos de un Estado que haya ratificado el tratado [...] El tribunal ha empezado a funcionar el 2002 con más de 60 Estados que aceptaron su jurisdicción y otros que la irán aceptando progresivamente. Por primera vez, el mundo tiene un organismo internacional permanente capaz de ejecutar el derecho penal internacional. Estados Unidos ha intentado enmiendas al estatuto del Tribunal que declare exentos de ser procesados a los soldados estadounidenses y a los funcionarios de su gobierno. Nunca se ha aclarado porqué EE. UU. podría esperar que sus ciudadanos sean tratados de manera diferente que los ciudadanos de otros países. El ex presidente Clinton firmó el tratado, pero nunca intentó su ratificación (P. Singer, 2003, p. 133).

Cabe esperar que EE. UU. y algún otro país importante que falta, como China, terminarán aceptando esta jurisdicción, y que los restantes se verán forzados también a reconocerla. Finalmente la cuestión más delicada no es ésta, dado que la gran mayoría de la gente apoya el derecho de castigar a los criminales que han cometido atrocidades contra los derechos humanos, y hay buenos argumentos para justificar esta jurisdicción sin fronteras territoriales y culturales, como se verá en el apartado 4 de este mismo capítulo. La cuestión más difícil de acordar es la justificación de alguna forma de *intervención humanitaria* internacional en el interior de los Estados, por lo menos en los casos extremos de genocidio y de violaciones aberrantes de los derechos. La lógica del pensamiento de los derechos humanos lleva necesariamente a este punto. La doctrina de la “intervención humanitaria” debería ser cuidadosamente revisada, pero no puede ser desechada por el solo sentimiento de indignación ante algunas intervenciones unilaterales injustificadas o desastrosas en sus resultados. Los criterios y procedimientos para legitimar este tipo de intervenciones solamente podrán normalizarse en el marco de nuevos acuerdos y de un mejor funcionamiento, o de la reforma, de las instituciones internacionales, a las que he aludido en el punto 2. Michael Walzer ha escrito, en su libro sobre *Guerras justas e injustas*, que: “La intervención humanitaria se justifica cuando representa una respuesta (con razonables expectativas de éxito) respecto a actos que *conmueven la conciencia moral de la humanidad*”.<sup>14</sup> Este enunciado de Walzer es todavía muy genérico, y se mantiene en el nivel de lenguaje de la moral de los sentimientos pero, con las debidas precisiones conceptuales e

<sup>14</sup> M. Walzer, *Jus and Unjust Wars*, Harmondsworth, Penguin, 1980, p. 107; trad. al español, Paidós, Barcelona, 2001, p. 157. Considero que la expresión “guerra justa” (no obstante su larga y venerable tradición) es, en principio, inaceptable y autocontradictoria, porque nunca puede haber justicia en la acción de matar a personas inocentes. La guerra es siempre *un mal, una tragedia* (a veces inevitable), pero ninguno de estos dos sustantivos es compatible con el adjetivo “justa”.

instrumentaciones institucionales, me parece razonable y podría ser apoyado por la opinión pública. El secretario general de las Naciones Unidas, Kofi Annan, ha sugerido que este tipo de intervenciones puede justificarse ante una situación que “causa muerte y sufrimientos a un gran número de personas, y cuando el Estado nominalmente a cargo de la situación es incapaz de detenerla, o no quiere hacerlo”.<sup>15</sup> Me parece claro que la doctrina de los derechos humanos en serio plantea una exigencia moral de no pasividad ante las violaciones atroces de estos derechos y, por lo tanto, ante situaciones como las mencionadas en las que el Estado responsable de proteger los derechos de las personas se muestra impotente, no tiene la voluntad de detener las violaciones, o es el causante de estas, se debe apoyar la intervención humanitaria, porque de lo contrario habría que dejar de hablar de derechos humanos.

La prioridad de los derechos humanos sobre la soberanía política de los Estados conlleva ya un sentido cosmopolita, por cuanto reconoce a las personas individuales el rango de sujetos morales y de derecho en el mundo, o en el ámbito internacional, y rompe con la concepción jurídica que reserva solamente para los Estados o entes colectivos el carácter de sujetos del derecho internacional. El desarrollo de la doctrina de los derechos humanos lleva lógicamente a esta consecuencia de “una ciudadanía cosmopolita” y un Estado de derecho sin fronteras que protege los derechos fundamentales de todo ser humano por igual. Para algunos autores esta doctrina implicaría también necesariamente la idea de un “constitucionalismo global”.

Si bien el proceso de la globalización del derecho está muy retrasado y será más lento que la globalización de los mercados y las finanzas (como lo fue el desarrollo de los derechos sociales con respecto a la revolución industrial y a la formación del capitalismo nacional), tampoco se trata de un mero desiderátum utópico, porque de hecho “ya vivimos en un mundo de comunidades de destinos superpuestos” o interdependientes, en el cual los Estados nacionales han ido perdiendo el poder y la capacidad exclusiva para determinar el destino de los seres humanos que han nacido dentro de sus fronteras, entre otras cosas, porque estas fronteras se encuentran masivamente perforadas por el tráfico de las informaciones, los bienes y las personas.<sup>16</sup>

La clásica preocupación liberal por la limitación del poder del gobierno debe extenderse a la esfera internacional con el fin de garantizar la primacía de los

---

<sup>15</sup> Citado en P. Singer, 2003, p. 137.

<sup>16</sup> Cf. Held, David, *Democracy and the Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Democracy*. London, Polity Press, 1995; “Law of States, Law of Peoples: Three Models of Sovereignty”, en *Legal Theory*, I, 2002. Held, D., McGrew, A., (eds.), *Governing globalization. Power, authority and global governance*, Polity Press, Cambridge, 2002.

seres humanos como agentes políticos y morales [...] Con esto no quiero decir que toda afirmación de identidad nacional o cultural sea irrelevante desde el punto de vista moral, ni tampoco que los Estados deban abolirse. Simplemente sugiero que estos deben respetar las aspiraciones de justicia de sus miembros, objetivo que ha de garantizarse internacionalmente. No pienso que esté proponiendo ninguna utopía [...] Desde el fin de la segunda guerra mundial casi todos los Estados han suscrito una amplísima lista de convenios internacionales en materia de derechos humanos con efectos vinculantes. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) admite demandas de ciudadanos individuales que inician procedimientos en contra de sus propios gobiernos. Aunque la implementación efectiva de sus sentencias esté lejos de gozar de garantías suficientes, la legitimidad y credibilidad del TEDH son tales que raramente una sentencia dictada en Estrasburgo no se ejecute.<sup>17</sup>

#### 4. HACIA UNA SOCIEDAD CIVIL COSMOPOLITA

El objetivo que me propongo en este apartado no es la construcción de un modelo de integración o la defensa de alguna de las propuestas que ya se han hecho, sino algo mucho más modesto, a saber: el cuestionamiento de los prejuicios que operan como obstáculos para pensar con apertura estas perspectivas. Tales prejuicios están extendidos especialmente entre nosotros, quizás por la extrema lejanía geográfica de nuestro lugar en el mundo, y también por el impensado giro convergente de ciertas tendencias políticas del liberalismo “progresista” y de sectores de izquierda de orígenes ligados al marxismo, que ahora, a contramano de la historia, parecen aproximarse en la Argentina a las posiciones del nacionalismo conservador y del peronismo primitivo, con sus rasgos de xenofobia. Otros objetivos en este punto son la precisión del terreno en el que se tiene que plantear el debate, que no es el de un Estado o gobierno mundial, sino el de una “gobernanza”, y el de la sociedad civil; y la explicitación de las razones éticas que fundamentan y legitiman la marcha hacia una “comunidad” humana global, de naturaleza principalmente moral, pero también jurídica.

Las ideas cosmopolitas suelen chocar no solamente con la resistencia ideológica de los nacionalismos, sino también con los intereses corporativos de las altas burocracias del Estado y de poderosas organizaciones paraestatales, como los partidos políticos. Ya he intentado deslindar más arriba el cosmopolitismo de la idea de un Estado y un gobierno mundial, pero es preciso aludir también a la inevitable asociación con otra remanida palabra de muy ambiguo significado: la “globalización”. Para realizar un análisis crítico de la globalización es preciso diferenciar, en la medida de lo posible, los procesos objetivos a los que alude este

<sup>17</sup> N. Torbisco Casal, “Sobre la relevancia de la justicia internacional” en Malamud, 2003, pp. 118-119.

término de los usos ideológicos del mismo. El sociólogo francés P. Bourdieu ha hablado con razón del “mito de la globalización”:

Se oye decir machaconamente —y es lo que crea la fuerza de este discurso dominante— que no hay oposición posible a la visión neoliberal, que se presenta como algo evidente, contra lo que no cabe ninguna alternativa [...] La globalización es un mito en el peor sentido del término, un discurso poderoso, una idea matriz, una idea que tiene fuerza social, que consigue que se crea en ella. Es el arma principal de las luchas contra las adquisiciones del Estado de bienestar [...] Convierte en norma de todas las prácticas y, por lo tanto, en reglas ideales las regularidades reales del mundo económico abandonado a su lógica, la llamada ley del mercado, es decir, la ley del más fuerte. Ratifica y glorifica el reinado de los llamados mercados financieros, o sea, el retorno a una especie de capitalismo radical, sin otra ley que la del beneficio máximo, capitalismo sin freno y sin maquillaje.<sup>18</sup>

Frente a la presión estructural de las coacciones del mercado globalizado los Estados nacionales y la legislación social parecen ser absolutamente impotentes porque se trata de un proceso incontrolable desde el interior de un Estado. Este proceso económico transnacional, que avanza con total impunidad al amparo de las grandes lagunas normativas del derecho internacional o de la deficiencia de las garantías correspondientes, será efectivamente incontrolable (como señala también Bourdieu) mientras los bloques de naciones y los movimientos sociales internacionales no tomen la decisión política de regularlo y de globalizar también de manera eficaz las exigencias de justicia y solidaridad. Lo cierto es que, como lo había previsto en cierto modo el propio Marx, en el contexto de la globalización ya no es viable la justicia social en un solo país. Porque si en Brasil o en el Asia, por ejemplo, los trabajadores no han alcanzado las conquistas de los países con derechos laborales y sociales más avanzados, y perciben salarios indignos, en el límite del estado de indigencia, los mercados ejercerán una presión irresistible para los países más débiles, que forzarán también a estos otros a aplicar políticas sociales regresivas para poder competir en el mercado regional y global. En la medida en que no acepten esta regresión pierden competitividad, quedan afuera de los mercados y ven destruidas sus fuentes de trabajo con el consiguiente crecimiento de las altas tasas de desocupación y de exclusión social. Esto es lo que ha ocurrido precisamente en la Argentina de finales de los noventa. El nuevo modelo exportador que se impuso luego consiguió una cierta reactivación económica por medio de una brutal transferencia regresiva de los ingresos, que produjo una drástica reduc-

---

<sup>18</sup> Bourdieu, Pierre, *Contrafuegos. Reflexiones para servir a la resistencia contra la invasión neoliberal*, Barcelona, 1999, pp. 43-63.

ción de los salarios reales y el empobrecimiento de las grandes mayorías con ingresos fijos hasta caer en buena parte por debajo de la línea de pobreza. Esta lógica perversa de la globalización económica no se frena sin embargo mediante un paso atrás, saliéndose de la globalización; solamente se puede enfrentar avanzando hacia adelante, mediante políticas sociales regionales y globales concertadas y mediante la globalización de los derechos laborales y sociales. Si bien esta es la respuesta estructural a largo plazo, se requieren por cierto políticas nacionales más inteligentes que las que hemos tenido en la Argentina durante este largo proceso de la transición.

La cuestión aludida en el párrafo anterior se ha planteado y discutido expresamente en la OMC (Organización Mundial del Comercio), que ha derivado su tratamiento a la OIT (Organización Internacional del Trabajo). Esos son los organismos que deberían regular las mencionadas condiciones inequitativas y establecer las correspondientes sanciones comerciales para las economías que no satisfacen ciertos estándares básicos de remuneración y derechos laborales. Pero hasta ahora no se han producido todavía las decisiones eficaces requeridas. Y quizás no sea realista esperar de las burocracias de los organismos internacionales ningún tipo de cambios estructurales profundos mientras no se genere desde la sociedad civil un fuerte consenso y una presión efectiva que movilice la voluntad política de los Estados.

El reclamo de la universalización de los derechos sociales, o de una sociedad civil cosmopolita más igualitaria, con estándares mínimos comunes de ingresos, educación y seguridad social, etc., no es una mera utopía en el mundo contemporáneo. Esta exigencia moral de los derechos humanos de segunda y tercera generación tiene una oportunidad inédita porque las propias economías de los países centrales se ven enfrentadas en cierto modo con el mismo problema o con un problema simétrico, a causa de las grandes desigualdades de las condiciones laborales, o del costo de la mano de obra, para decirlo en términos económicos. “El capital desterritorializado que, por así decirlo, queda exento de la obligación de quedarse en casa en su búsqueda de oportunidades de inversión y de beneficios especulativos, puede amenazar con hacer uso de su opción de salida cuando un gobierno plantee restricciones gravosas para las condiciones de la inversión interna intentando proteger los valores sociales [...]”.<sup>19</sup> No solamente el capital financiero, sino también las empresas, especialmente de mano de obra intensiva, cambian rápidamente de domicilio buscando menores costos impositivos y laborales que incrementen su competitividad en el mercado global. Puede pensarse que la

---

<sup>19</sup> J. Habermas, “El Estado-nación europeo y las presiones de la globalización”, en *New Left Review*, Barcelona, 2000, n° 1, p. 125.

importante ampliación reciente de la Comunidad Europea, y la inclusión de las sociedades más atrasadas del Continente, obedece precisamente a estos motivos de la búsqueda de una cierta homogeneización de las sociedades y de las leyes laborales que frene la ola de mudanza de empresas de los países de Europa central hacia las sociedades más pobres del Este en búsqueda de mano de obra barata. En los actuales debates del Viejo Continente sobre la globalización y sobre los problemas de la integración regional de la Unión Europea, J. Habermas ha apoyado la posición de quienes consideran que la UE debe comprenderse como un paso hacia formas de integración más fuertes y más amplias, a través de la constitución de una verdadera federación.

Solamente con este último paso podría cobrar la suficiente fuerza política como para decidir la aplicación de medidas *correctivas* de los mercados y establecer mecanismos reguladores *redistributivos*. Las posturas cosmopolitas contemplan un Estado federal Europeo como un punto de partida para desarrollar una red de regímenes transnacionales que, aún en ausencia de un gobierno mundial, pueda desembocar en algo análogo a una política doméstica global (Habermas, 2000, 131).

La cuestión más difícil que habrá de plantearse en este camino de la integración del mundo es la de las inevitables restricciones del consumismo desenfrenado de los países más ricos. Muchas voces han advertido que los recursos del planeta no podrían soportar la generalización de los niveles de consumo de las actuales sociedades opulentas. Se debería decir por lo tanto que su forma de vida tampoco podría soportar el test del principio de la moralidad, formulado por Kant.

Al mito de los globalifílicos, desenmascarado con bastante precisión en el citado texto de Bourdieu, se enfrenta el mito de la globalifóbicos, denunciado por muchos otros autores.

Hay muchos mitos entorno a la globalización —escribe D. Held— y hay uno en especial que resulta pernicioso; a saber, la imagen de que la era actual está cada vez más determinada por mercados, procesos económicos y poderes sociales transnacionales que necesariamente escapan al control de los Estados y de los políticos. La proliferación de mercados de bienes, servicios y finanzas ha alterado por cierto el campo de lo político. Pero la historia de la globalización no se verifica solamente en la expansión de los mercados, la desregulación y la abdicación de la política (sino también en el terreno del movimiento de las ideas, del diálogo de las culturas, de la movilidad de las personas); y es también una historia de aspiraciones cada vez mayores a *un derecho y una justicia internacionales*. Desde el sistema de las Naciones Unidas hasta la Unión Europea; desde las restricciones del derecho de guerra hasta la consolidación de los derechos humanos; desde la aparición de las normativas internacionales sobre el medio ambiente hasta la fundación del Tribunal Penal Internacional; todo

esto cuenta también otra narración: el relato de los intentos de enmarcar de nuevo la actividad humana y sujetarla a la ley, el derecho y las responsabilidades.<sup>20</sup>

La trama de este otro relato abierto de la historia contemporánea se encamina, para D. Held, hacia la formación de una suerte de “democracia cosmopolita”. Como claros ejemplos del despertar de un *ethos* democrático en esta escala podrían interpretarse las múltiples conferencias organizadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas y de otras iniciativas internacionales como las ONG vinculadas con los derechos humanos, la preservación del medio ambiente, las luchas de género, etc., para debatir y proponer declaraciones y acciones sobre temas como el desarrollo humano, la situación de las mujeres, los problemas ecológicos, la pobreza y el hambre en el mundo, y otros problemas que afectan a la humanidad actual. Estas conferencias que se multiplican constantemente y abren un foro, o *un espacio público político global* de diálogo y formación de opinión pública independiente de los dominios de los Estados nacionales, representan experimentos incipientes de democracia cosmopolita, los cuales generan un nuevo poder comunicativo, todavía débil, pero que “sugiere ya nuevas formas de participación, responsabilidad y representación”. Se puede hablar en esta perspectiva de una ampliación, o de un nuevo tipo de ciudadanía, que va más allá del privilegio de las minorías que disponen de dos o más pasaportes, una “ciudadanía cosmopolita” que corresponde a todos los habitantes de la tierra, la cual conlleva nuevos derechos y obligaciones, y tiene que ser respaldada por una legislación transnacional o cosmopolita a la cual puedan apelar los ciudadanos cuando sus derechos como ciudadanos del mundo hayan sido violados por el Estado de su residencia. Otros autores observan que en la época posmoderna los individuos se experimentan cada vez más como “ciudadanos peregrinos”, cuyas lealtades cambian y se identifican con la comunidad política invisible de sus ideas, de sus esperanzas y de sus sueños. Pero, “para que el cosmopolitismo resulte creíble debe combinarse con la crítica al globalismo éticamente deficiente representado por el pensamiento neoliberal, que está siendo puesto en práctica [por el sistema autonomizado de los mercados y las finanzas] de una manera tal que minimiza [o subvierte] el contenido ético y visionario de pensar el mundo como un todo [...], y nada tiene que ver con la imagen moral de los estoicos”.<sup>21</sup>

Hemos visto cómo intelectuales “progresistas” (para emplear un término en boga entre los comunicadores sociales bienpensantes) de primer nivel como P. Bourdieu, D. Held y J. Habermas, R. Falk, concuerdan en esta orientación cosmopolita, y exponen argumentos complementarios orientados a movilizar en las

<sup>20</sup> David Held, “Violencia y justicia en una era mundial”, diario *El País*, Madrid, 19 de septiembre de 2001. Lamentable las lúcidas propuestas del autor en este artículo para enfrentar la violencia terrorista del 11 de septiembre no fueron escuchadas, y se ha seguido de hecho, el peor de los caminos posibles por él anticipado.

<sup>21</sup> Richard Falk, “Una revisión del cosmopolitismo” en M. Nussbaum, *Los límites del patriotismo, identidad y pertenencia y “ciudadanía mundial”*, Paidós, 1999, p. 71.

sociedades civiles (es decir, en los movimientos sociales, sindicales, de los derechos humanos, etc.) de los países más avanzados la conciencia de que la viabilidad de los justos reclamos en defensa del “gasto social” (en salud, educación, salarios) es cada vez más *sistémicamente* interdependiente del incremento correlativo de estos mismos *costes* en las economías de los países periféricos. Es decir, que hay *una comunidad de intereses en la sociedad civil cosmopolita frente al sistema de la economía global*. Esta disputa de la *sociedad civil* vs. el *sistema* de la economía globalizada será la lucha del siglo XXI.

Es preciso reconocer sin embargo que el lenguaje de la “democracia cosmopolita” no está exento de ambigüedad, porque la palabra “democracia” (que conlleva la raíz griega de la palabra *kratos* = fuerza, dominio, imperio) designa un régimen de *gobierno*. Quizás sería más apropiado hablar por lo tanto de una *sociedad civil cosmopolita*, teniendo en cuenta el sentido de la contraposición dialéctica de sociedad civil y Estado en la concepción hegeliano-marxista, para redefinir y ampliar los términos de esa dicotomía en el sentido ya esbozado en el capítulo 1.4, como la dialéctica de las sociedades civiles articuladas de manera cosmopolita, frente al sistema económico global, lucha en la cual la sociedad civil tiene que valerse del poder político de los propios Estados nacionales, mediante la reconstrucción y el control democrático de la política y del poder instituido en estos Estados.

Si bien no es correcto definir lo político y la democracia a partir de lo estatal, la estatalidad, la institución, es el destino de lo político. Ahora bien, no es concebible la forma moderna del Estado sin la delimitación de un territorio sobre el cual se ejerce su jurisdicción. La demarcación de las fronteras territoriales del Estado es una primera forma de *inclusión* y de *exclusión* política. La frontera convierte al incluido en ciudadano y al excluido en extranjero. El Estado controla el territorio. Pero lo fundamental hoy ya no es el dominio de un territorio, sino el acceso a las redes. Las relaciones que configuran los procesos económico-sociales se expanden a través de redes extraterritoriales. Con la revolución de las telecomunicaciones se desterritorializan las redes de la información, de la cultura y de los negocios. Los circuitos económicos pasan de la estructuración rígida de los ferrocarriles y de las vías navegables a las del transporte aéreo, la navegación telemática y las redes virtuales de la internet, que trastocan la dimensión espacial y anulan las distancias. Todo cambia cuando la actividad humana se libera del espacio, cuando la movilidad de los hombres y de la economía perfora masivamente las demarcaciones geográficas. “La ‘des-localización’ de la sociedad, la cultura y la economía, que avanza a grandes pasos, está afectando las condiciones y presupuestos del modelo de los Estados europeos de la modernidad, erigidos sobre una base territorial a comienzos del siglo XVII [...] Con la nueva *constelación posnacional* llega a su fin la estrecha articulación y dependencia recíproca de lo político y el sistema

jurídico con las tradiciones nacionales y los circuitos económicos internos a las fronteras de los Estados territoriales” (Habermas, 2000, p. 123).

La condición humana posmoderna se caracteriza por la creciente movilidad espacial y laboral. “Ha terminado el proceso de sedentarización” de la humanidad que distinguió a la modernidad tardía y “se reinician las migraciones”.<sup>22</sup> De acuerdo con algunos datos estimativos, en un día promedio más de siete millones de personas cruzan las fronteras nacionales por diferentes medios, ya sea como turistas, comerciantes o trabajadores, como científicos, estudiantes, consumidores o refugiados. Por año son miles de millones de personas que traspasan estas líneas. Las fronteras ya no contienen a las poblaciones, flujos crecientes de personas las atraviesan, y quizás esté cercano el día en que dejen de marcar limitaciones significativas del espacio vital de los hombres. “Los migrantes internacionales y los refugiados son, por cierto, los dos grupos humanos más vulnerables que se mueven entre las fronteras, y cuya protección jurídica es, a la vez, la más necesaria y la más deficiente... En el caso de los migrantes indocumentados, los refugiados y los buscadores de asilo, la vulnerabilidad está condicionada por el carácter subordinado y forzado de sus movimientos a través de las fronteras nacionales. Las prerrogativas de la soberanía territorial constituyen el obstáculo más poderoso para el desarrollo de un campo jurídico cosmopolita que podría proveer una efectiva protección a estos terceros mundos transnacionales de personas”.<sup>23</sup>

Los problemas mencionados y las perspectivas planteadas por las ideas cosmopolitas y las tendencias de la evolución de la historia contemporánea nos exigen, al mismo tiempo, apertura de pensamiento y actitud crítica. Es preciso prestar atención también a las observaciones y reparos que provienen, por ejemplo, del comunitarismo y de las teorías políticas comprometidos con una concepción cívica republicana de la ciudadanía, las cuales ponen en guardia frente a la erosión o el vaciamiento de la política en el marco de los Estados nacionales, por cuanto éstos continúan siendo el marco de un espacio público adecuado y difícilmente reemplazable para la participación política y el funcionamiento de la democracia. La idea misma de “ciudadanía cosmopolita” no es propiamente un concepto político, sino un concepto moral, como el de los derechos humanos, y por lo tanto no podría entenderse como sustituto de las ciudadanía nacionales.

Para la correcta comprensión de las ideas de un “Estado de derecho cosmopolita” y de una “sociedad civil global” sin un Estado ni un gobierno mundial, compatibles con el pluralismo político de los Estados, es necesario trabajar en el

<sup>22</sup> J-M. Guéhenno, *El fin de la democracia. La crisis de la política y las nuevas reglas de juego*, Barcelona, 1995, p. 24.

<sup>23</sup> B. Souza Santos, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, 2002, pp. 117 y 176.

marco teórico de una filosofía política que reconstruya y fundamente el concepto del derecho y de la sociedad civil sin remitirse al poder político y al Estado, como un sistema de relaciones horizontales y simétricas de reconocimiento recíproco de las personas en cuanto sujetos de derechos iguales, independientemente de todas las diferencias, culturales, de género, nacionalidad, religión, posición social, etc. Un Estado de derecho así concebido es conceptualmente independiente de la organización política estatal, pero su institucionalización y efectividad en el mundo requiere el respaldo de los Estados a través de pactos o tratados internacionales mediante los cuales estos limitan su soberanía. J. Habermas muestra como los derechos fundamentales pueden reconstruirse mediante una suerte de experimento mental como la gramática del reconocimiento recíproco de los seres humanos y, por lo tanto, como constitutivos de toda asociación civil, independientemente o más allá del orden político y del Estado. Estos derechos que se reconocen recíprocamente los miembros de toda comunidad de personas libres e iguales representa la socialización horizontal que está en la base o es el presupuesto de lo político. Pero esta construcción intersubjetiva de los derechos “permanece todavía como un acontecimiento metafórico; puede ser evocada, e incluso ritualizada, pero no se estabiliza ni se consolida en definitiva sin la institucionalización y la garantía de un poder estatal”.<sup>24</sup> En el texto citado Habermas está pensando en el poder comunicativo de la democracia, canalizado a través de las instituciones de un Estado nacional. Pero esta misma reconstrucción puede pensarse y trasladarse también a la relación de un Estado de derecho común en el mundo y de una sociedad civil cosmopolita con la pluralidad de los Estados en el orden global.

La experiencia de la Comunidad Europea es muy instructiva sobre lo que venimos diciendo; puede considerarse como una confirmación de la aludida teoría del derecho y como un anticipo regional del postulado Estado de derecho cosmopolita. Se habla en este contexto de un proceso que avanza en dirección a una “desnacionalización del derecho”, la cual se produce no sólo por la importancia creciente de la jurisdicción comunitaria, sino por la aparición de fuentes supranacionales del derecho vigente dentro de las fronteras de cada país.

Los derechos del hombre enunciados en textos con valor positivo, como el Acuerdo europeo de salvaguarda de las libertades fundamentales, y la integración de la CE, han hecho pasar progresivamente al Estado proveedor de justicia a ser un sujeto justiciable [...] Esta construcción de un espacio político supranacional aporta la demostración de que una comunidad política puede prescindir —al menos hasta cierto punto— de un poder ejecutivo y de un legislativo centralizado. Un orden jurídico puede existir sin esta

---

<sup>24</sup> J. Habermas, *o. cit.* Frankfurt, 1992, p. 166.

clase de poder, pero no puede prescindir sin embargo de un juez capaz de pronunciarse sobre la interpretación de las normas y la resolución de los litigios” (A. Garapon, 1997, p. 35).

## 5. DERECHO PENAL INTERCULTURAL

En el apartado 3 de este capítulo, al tratar de los derechos humanos, me he referido al aspecto del derecho penal internacional que tiene que ver con la persecución y el enjuiciamiento de los crímenes cometidos por funcionarios estatales de regímenes antidemocráticos. Ahora quiero discutir el problema que puede plantear la vigencia de un derecho penal internacional para las diferencias culturales y las costumbres extravagantes de los ciudadanos comunes originarios de regiones remotas de la tierra, cuyas conductas ofenden, por ejemplo, los sentimientos morales de la gente decente de los países occidentales, *o viceversa*.

En su clásica obra de 1899, *Römisches Strafrecht*, Theodor Mommsen aclara que para el derecho romano “el concepto del delito, público o privado, no se refiere al ciudadano (romano), sino al hombre (en cuanto tal)”.<sup>25</sup> Este enunciado se podría corroborar mediante la comprobación de que, según muestra O. Höffe en el lugar citado, prácticamente en todas las culturas, si bien existen peculiaridades diferentes en aspectos relevantes, “en lo esencial se reconocen de manera semejante tanto la facultad penal, como gran parte de los tipos de delitos, y los principios procesales decisivos, como la presunción de inocencia (*in dubio pro reo*) y las condiciones de imparcialidad que son comunes a todo el derecho”. Esto no quiere decir sin embargo que la legitimación jurídica y moral de un derecho penal universal se pudiera fundamentar mediante el simple recurso a un posible consenso transcultural. Tal legitimación solamente es posible mediante buenas razones, apoyadas en los derechos humanos, porque una facultad penal frente a todos los seres humanos solamente se podría justificar con respecto a crímenes que lesionan derechos universales del hombre. Lo que sí debe tenerse en cuenta de manera especial es que los argumentos pertinentes para la justificación de los criterios procesales y materiales deberán estar mediados por un discurso jurídico-penal abierto a todas las culturas, es decir, por un discurso jurídico-penal intercultural.

Si se aceptan las premisas enunciadas, entonces las preguntas que podrían formularse inmediatamente serían: ¿es posible un discurso intercultural en materia de derecho penal?, ¿tendría tal discurso alguna esperanza de arribar a resultados positivos? Hay quienes creen tener una respuesta *a priori* para este tipo de preguntas. Ellos se dividen a su vez entre los que responden por la negativa o por la afirmativa. Si bien podría dar aquí también algunos argumentos por la afirmativa,

<sup>25</sup> Otfried Höffe, *Derecho intercultural*, Barcelona, 1999, p. 368.

en la línea de la filosofía trascendental (es decir, *estrictamente a priori*), yo creo que es mejor, o más efectivo, proponer la vía larga de hacer la prueba o ensayar en la práctica el diálogo intercultural, en esta y en todas las otras cuestiones que tienen que ver con la justicia en las relaciones entre los hombres y entre los pueblos. Es decir, se trata de instalar este discurso en el espacio público de la sociedad civil global y en todos los foros pertinentes, poniendo a prueba los prejuicios culturales y las formas esclerotizadas de la positividad jurídica. Este proceso representaría ya un avance significativo. Yo apuesto además a que no se vería refutada la hipótesis de que el diálogo argumentativo acerca de la justicia, llevado a cabo en condiciones adecuadas en los espacios públicos de la sociedad civil de los diferentes países, nos permitiría avanzar juntos, con los miembros de otras culturas, en los niveles de conciencia y de sensibilidad moral frente a las situaciones de indignidad que subsisten todavía de manera incomprensible en tantos lugares del mundo contemporáneo, y en la condena de los crímenes y violaciones de los derechos humanos que permanecen impunes. Doblando la apuesta diría incluso que la promoción de este diálogo intercultural y el esclarecimiento de la conciencia moral ciudadana induciría en la opinión pública la exigencia y el reclamo de la positivización jurídica de las garantías adecuadas de los derechos fundamentales en el mundo. Esta exigencia de la conciencia moral y jurídica tendrá que enfrentarse por cierto con los poderosos intereses de los beneficiarios políticos y económicos del *statu quo* y de las burocracias estatales que emplearán todos los medios disponibles para silenciar las denuncias y desactivar la formación de un estado deliberativo sobre estos temas en la sociedad civil. La lucha por la globalización de la justicia y de los derechos es quizás el mayor desafío moral y político que la humanidad tiene planteado en el siglo XXI. Pero las luchas de los pueblos por el reconocimiento de los derechos siempre han sido largas y difíciles.

El típico argumento a priori por la respuesta negativa a las preguntas formuladas sobre la posibilidad de un discurso jurídico y moral intercultural, que descarta la posibilidad del entendimiento con el otro y por lo tanto no parece dispuesto a hacer la prueba, es el que parte del concepto mismo de cultura como una totalidad fuertemente integrada (o unitaria y cerrada) de creencias, valores y normas, y sostiene que toda justificación válida (o legitimación) es necesariamente dependiente o relativa al conjunto de los presupuestos de cada cultura, y por lo tanto no puede trascender ese contexto (contextualismo). La tesis afirmativa de O. Höffe (sin entrar a discutir los presupuestos de posiciones como la mencionada) sostiene que ese argumento relativista “no es aplicable a los fundamentos del derecho penal: ni a todos los delitos, a lo objetivamente ilícito, ni tampoco a los criterios de responsabilidad propia, a la culpa subjetiva, y mucho menos a los principios básicos de procedimiento del derecho penal” (O. Höffe, 1999, 1, p.18). El principio básico de la presunción de inocencia y los demás principios procesales, no solamente del

enjuiciamiento criminal (por ej.: “in dubio pro reo”, “audiatur et altera pars”, “nemo sit iudex in causa sui”) revisten jerarquía de derechos humanos fundamentales y se cuentan entre las condiciones mínimas de la imparcialidad de todo proceso judicial; tienen por lo tanto una validez intercultural indiscutible y son reconocidos prácticamente en todos los sistemas jurídicos (O. Höffe, 1999, 1, pp. 84-87).

Si bien la actitud predominante en la antigüedad fue la de considerar al extranjero como “bárbaro” y no reconocerle los mismos derechos, o incluso la dignidad humana, pueden mencionarse sin embargo también algunos antecedentes antiguos del igual trato de los seres humanos diferentes. En el *Viejo Testamento* de los hebreos podemos leer el siguiente precepto: “tratad al extranjero que habita entre vosotros como al nativo entre vosotros” (*Levítico*, 19, 34). Junto con el principio del trato igual este precepto contiene una interpretación problemática de ese principio que consistiría en aplicar al extranjero las mismas leyes que se les aplican a todos los miembros de la comunidad. Pero para los judíos estas son *sus propias leyes*; para los extranjeros en cambio son leyes extrañas, con lo cual a ellos se les niega el derecho a regirse por sus propias costumbres. Este es un dilema jurídico de la convivencia intercultural: “un principio elemental de la convivencia de todo orden jurídico, el trato igual, corre el riesgo de convertirse, aplicado a los que son diferentes, en un trato desigual y, por lo tanto, en una injusticia” (Höffe, 1999, 1, p. 36). El sometimiento de los extranjeros a costumbres que no son las propias conlleva incluso la pérdida de su propia identidad. El derecho romano había resuelto ya de algún modo este dilema con el *ius gentium*, concepto que Rawls ha propuesto reinstaurar en la situación contemporánea, como se ha visto en el capítulo anterior. El Imperio romano era un Estado multicultural, y “en el trato de los foráneos Roma no se atiene ni a su derecho privado autóctono (el *ius civile*), ni tampoco a las normas propias de las diversas nacionalidades, sino a un derecho que se supone conocido por todos los pueblos” (Höffe, 1999, 1, p. 38). Para este autor es posible y necesario pensar, precisamente en la línea de la concepción romana del derecho de gentes, un derecho moral común, que contiene las exigencias que todos los seres humanos se plantean recíprocamente, o los derechos que deben reconocerse y respetar en su interacción, con independencia de sus diferencias culturales.

El problema de la interculturalidad del derecho penal está planteado ya incluso en el interior de las actuales sociedades complejas, como consecuencia del pluralismo de los valores y formas de vida, del multiculturalismo y de las corrientes migratorias. Surge entonces la pregunta de cómo han de comportarse los ordenamientos jurídicos frente a la progresiva diferenciación de las formas de vida y especialmente frente a los extranjeros formados en otras tradiciones culturales enteramente diferentes en sentido fuerte, cuya alteridad conlleva incluso una cultura jurídica distinta. “¿Pueden hacer valer no obstante en estos casos los sistemas

jurídicos sus medios más fuertes del derecho penal? ¿Tienen estos sistemas un derecho (subjetivo) de aplicar su derecho (objetivo) traspasando sus propios límites culturales? ¿Hay una facultad penal intercultural” (Höffe, 1999, 2, p. 45).

Podría pensarse que las preguntas precedentes plantean un problema abstracto, porque ya la modernización de las sociedades y de los sistemas jurídicos ha dejado de lado en su propia evolución la estrechez de las costumbres tradicionales y de las normas penales. En las modernas sociedades liberales “una gran parte de los delitos penales no tiene ya en su base ningún tipo de presuposiciones culturales, lo cual es especialmente claro con respecto a los delitos contra la vida y la integridad corporal [...] aunque en algunas determinaciones especiales se manifiesta, de todos modos, la subsistencia de prevenciones o prejuicios culturales. Pero sobre la base de sucesivas oleadas de ilustración los ordenamientos jurídicos modernos han ido separando progresivamente del derecho penal esa clase de prejuicios [...] y predomina en la modernidad occidental un derecho penal liberal, que ha barrido casi completamente los regionalismos culturales, incluidas la religión y las costumbres morales, y se ha restringido al núcleo de las penas criminales” (Höffe, 1999, 2, pp. 64-65). Aún admitiendo la valoración más optimista sobre esta evolución del derecho, las cosas no son tan claras y sencillas, como lo muestra el propio Höffe mediante el análisis de algunos casos cuyo planteamiento quiero citar, aunque no podré discutir aquí el análisis y la solución propuesta por el autor.

En el modelo penal del derecho romano el extranjero no puede remitirse a su condición de ser diferente. Queremos saber ahora cómo se ven las cosas cuando se trata de asuntos que tienen fuertes connotaciones existenciales y recaen en ámbitos como la sexualidad y el honor. Voy a construir como ejemplo un caso que se aproxima bastante a uno que ha acontecido de hecho. Un senegalés acuerda con los padres de una joven menor de edad de su propio país traer a la joven a Alemania y cuidarla y mantenerla en su propia casa. Después de cierto tiempo comienza a tener con ella, por entonces de dieciséis años, relaciones sexuales. Conforme al derecho penal alemán el acusado ha cometido abuso sexual de una menor encomendada a su cuidado (pupila). Porque de acuerdo al § 174 StGB se hace punible quien “realiza actos sexuales con una persona menor de dieciocho años que ha sido confiada a su cuidado y mantenimiento [...] con abuso de la dependencia conexas a las relaciones del cuidado”. Si el culpable y la víctima fueran ambos alemanes, el juicio debería decir, indudablemente: “culpable”. Según la información de la propia muchacha, a la que el juez da crédito, está dentro de los usos colectivos vigentes en Senegal que una mujer “se entregue” a quien la acoge en su casa y le provee el sustento, es decir, a su protector. La joven declara también, haber obrado voluntariamente, sin presiones. ¿Cómo hay que juzgar este caso?

Un segundo caso sería el de un árabe que desposa en Alemania a una segunda mujer, lo cual es permitido en su patria, mientras Alemania lo prohíbe como

bigamia (5§ Ehegesetz, § 171 StGB). Una complicación del caso: el árabe está casado en Alemania, viaja a su país para casarse con una segunda mujer, y retorna a Alemania para vivir aquí con ambas mujeres.<sup>26</sup>

No es objeto de este artículo la discusión de las diferentes teorías sobre la justificación del derecho a castigar y sobre la finalidad de las penas. Pero sí debo decir que las preguntas citadas pueden tener respuestas diferentes con respecto al pluralismo interno y al orden internacional. Un hobbesiano, o un schmittiano, por ejemplo, puede dar, desde su teoría del Estado, una respuesta afirmativa fuerte a la cuestión de la legitimidad de la facultad penal del Estado para el orden interno, pero quizás diría que las mismas preguntas, planteadas en el orden internacional, carecen de significado. Para discutir al mismo tiempo en los dos niveles el problema teórico de las preguntas formuladas hay que vincular los hechos y la facultad penal a los derechos humanos como derechos morales universales. Diferentes autores han señalado que en las sociedades modernas se ha producido una aproximación cada vez mayor entre el concepto de la moral pública, que es universal, y el orden normativo del derecho. Se habla de un “entrelazamiento” (*Verschränkung*), o de la “complementariedad” y el “solapamiento” de ambos campos; se sostiene que el derecho penal estatal debe coincidir en sus contenidos normativos fundamentales con los principios universales de la moral, y que por eso es posible un derecho penal intercultural o internacional (J. Habermas, 1991; O. Höffe, 1999, 3; E. Tugendhat, 1997; J. Rawls, 2001; P. Singer, 2003).

En la medida en que los delitos tipificados en el derecho penal pueden justificarse con argumentos jurídicos universales [cuya validez no depende del contexto cultural de un sistema jurídico particular] o, más precisamente, en base a los derechos humanos —y esto es pertinente para muchos delitos en general, pero especialmente para los considerados por el derecho penal de los ordenamientos jurídicos liberales—, se da, sin dudas, una facultad penal que trasciende a las culturas particulares, un derecho penal intercultural. El fundamento no reside en la arrogante pretensión de un ordenamiento jurídico de someter a sus normas a los extranjeros [...] no consiste primariamente tampoco en el interés (por cierto legítimo) de una sociedad de protegerse a sí misma, sino que reside en el hecho de que, desde el punto de vista jurídico penal, no existen extranjeros en sentido fuerte” (Höffe, 1999, 2, p. 65).

## 6. UNA DISCUSIÓN DEL CASO PINOCHET

Se ha observado que los procesamientos internacionales de criminales que han cometido violaciones de los derechos humanos como funcionarios civiles o militares, han tenido lugar casi siempre contra ex funcionarios de los países derrotados,

<sup>26</sup> Otfried Höffe, “¿Hay un derecho penal intercultural?”, *Erasmus*, I, 1, Córdoba, 1999 (2); pp. 51-52 (traducción del alemán de J. De Zan).

después de una guerra, o contra ex funcionarios de regímenes depuestos en países periféricos; mientras que los responsables de violaciones semejantes pertenecientes a las grandes potencias, o a países centrales, gozan de total impunidad en el mundo. La observación de esta inequidad se ha usado algunas veces en los países latinoamericanos como argumento contra el juzgamiento de estos crímenes por tribunales externos. Esta suerte de nacionalismo jurídico apoya paradójicamente las posiciones de algunas de las naciones más poderosas que se niegan a firmar cualquier tipo de acuerdos internacionales que signifiquen un posible renunciamiento a su impunidad. Esta estrategia argumentativa se funda en el olvido, o el ocultamiento del hecho que el mismo tipo de inequidad existe también en el interior de los diferentes Estados, entre los sectores sociales, especialmente en los países que se quieren proteger con ese argumento frente a una justicia internacional, y que en un foro internacional hay más chances que en el ámbito doméstico de equilibrar o compensar las desigualdades y la presión de los poderes indirectos o extrainstitucionales. No solamente la equidad de los tribunales, sino de todas las instituciones, tanto las domésticas como las internacionales, están condicionadas por desigualdades o asimetrías y relaciones de poder que distorsionan sus propios objetivos, pero sería una falacia concluir de esta observación que no deberían existir las instituciones. El argumento debe tenerse en cuenta para abogar por una más efectiva igualdad ante la ley en el mundo y en el interior de los Estados, pero además hay que observar también que los sectores más desprotegidos y las sociedades más vulnerables frente a las dictaduras o a regímenes autoritarios serían los más beneficiados mediante la existencia de instancias internacionales ante las cuales pudieran reclamar justicia.

Los problemas que plantea este tipo de casos ha cobrado especial relevancia para nosotros con motivo del caso particular, ya mencionado en el punto 3 de este capítulo, de la detención del ex dictador chileno A. Pinochet llevado ante los tribunales británicos en 1998 por el pedido de extradición de un juez español para ser procesado en ese país, caso sobre el cual tomó posición el gobierno argentino del presidente Menem, en apoyo al de Chile que respaldaba la defensa de Pinochet con el argumento de la soberanía del Estado chileno, de la territorialidad de la jurisdicción y de la incompetencia del tribunal español. Voy a analizar y a discutir aquí, a la luz de los planteamientos realizados en los puntos anteriores de este capítulo, el análisis de este caso y las tesis propuestas por J. Malamud Gotti en un libro reciente.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> J. Malamud Gotti, *Los dilemas morales de la justicia internacional. El caso Pinochet*, Ciopp/Miño y Dávila, Buenos Aires, noviembre de 2003. El libro se compone de un texto del autor, seguido de un conjunto de comentarios críticos de juristas españoles, argentinos y chilenos; se cierra con las respuestas del autor a sus críticos, en las cuales debilita alguna de sus afirmaciones iniciales, pero mantiene su tesis fundamental.

Malamud Gotti argumenta contra este tipo de juicios (a los que denomina “desde afuera”), y su discurso resulta especialmente interesante porque no se centra en cuestiones meramente formales de la soberanía y de la competencia de los tribunales internacionales, o de terceros Estados, para juzgar crímenes o violaciones a los derechos humanos cometidos dentro de las fronteras de otro país, contra ciudadanos del mismo, ni en otras razones del formalismo jurídico, sino en argumentos más originales, sustantivos y relevantes desde el punto de vista moral. La tesis general que sostiene este autor es la siguiente:

Tratándose de abusos “domésticos”, los fines y objetivos de la justicia penal sólo pueden cumplirse satisfactoriamente mediante lo que llamo aquí juicios *desde dentro*, es decir, presididos por jueces pertenecientes a la misma comunidad que las víctimas y los perpetradores [...] Excluyo deliberadamente de esta tesis los crímenes esencialmente internacionales, como lo son por excelencia los crímenes de guerra. También excluyo de la noción de “crímenes domésticos” a aquellos abusos cometidos entre connacionales si las víctimas aparecen identificadas con determinadas minorías étnicas y religiosas (Malamud, 2003, pp. 24-25).

El argumento central del autor se apoya en un conjunto de presupuestos que están enunciados con diferentes grados de desarrollo y que podemos agrupar en tres puntos:

- 1) Una concepción consecuencialista de la justificación moral (probablemente fundada en una idea instrumental de la racionalidad en general) y una teoría general del derecho penal como sistema de justicia retributiva que “es beneficioso en tanto el castigo restablezca cierta idea no distributiva de igualdad entre víctimas y victimarios”. Conforme a esta concepción la sanción penal se justifica como el medio para dignificar a las víctimas y restablecer su autoestima.
- 2) Una mayor explicitación tiene la idea de que esta utilidad igualadora del castigo adquiere un significado especial en las violaciones de los derechos humanos por el poder estatal, porque en estos casos las víctimas no son solamente las personas que han sufrido directamente los abusos, y sus allegados, sino toda la población privada de su libertad. La justificación del castigo de criminales de Estado no reside solamente en el efecto dignificador e igualador, sino que cumple también la función pedagógica de producir en el público determinados efectos de persuasión. “Al darle razón a una de las partes, la sentencia subraya el significado moral y legal de los hechos relevantes”. El significado moral de la condena tiene sobre todo un efecto político de censura contra todo el régimen en el que

se cometieron estos crímenes, y en tal sentido los juicios de criminales de Estado son juicios políticos. En la inculpación de responsabilidades en estos casos juega un papel central la perspectiva subjetiva de los jueces y su posición con respecto al régimen en el que se han cometido los crímenes.

- 3) El proceso judicial está concebido como un espectáculo que los jueces representan frente a un público. El tribunal adquiere autoridad y se legitima cuando obtiene la aprobación de su público. Los jueces tienen que prestar atención por lo tanto principalmente a la situación y a las expectativas del público. Los motivos y propósitos de la actuación del tribunal serán muy diferentes en consecuencia cuando este público es la comunidad mundial (como en el juicio de Núremberg) y cuando está formado por sus connacionales (como el juicio a las juntas militares en Argentina). Los juicios “desde adentro” tienen en vista especialmente el objetivo de promover la reconciliación de la sociedad y la reconstrucción de la democracia.

Aceptados como premisa estos presupuestos, el análisis de los hechos, la selección de los inculcados y la graduación de las penas en el procesamiento por violación de los derechos humanos durante la dictadura militar argentina, y la comparación con los resultados del juicio de Núremberg a los criminales del nazismo, permitiría llegar a la conclusión enunciada en la tesis inicial de que “los fines y objetivos de la justicia penal sólo pueden cumplirse satisfactoriamente mediante los juicios *desde adentro*”. Esta conclusión se demostraría porque en los juicios “desde adentro” la graduación de las responsabilidades de los violadores de los derechos humanos y, por lo tanto, la severidad del castigo, “se fundamenta en predicciones sobre las consecuencias de la sentencia” para la propia sociedad en su conjunto. En primer lugar en “el efecto dignificador” para las víctimas directas e indirectas, pero también, y de manera no menos relevante, la sentencia se basa en el cálculo estratégico sobre el efecto o la utilidad para la unificación de la sociedad, la atenuación de los conflictos y, sobre todo, para la reconstrucción y la consolidación de la democracia. Estos puntos de vista no son adecuadamente atendidos en cambio en los juicios “desde afuera” y, aún en el caso en que se intentara tenerlos en cuenta, los jueces extranjeros carecen de la comprensión de la situación política interna y del compromiso con la sociedad en la que han ocurrido tales crímenes.

Malamud Gotti se muestra especialmente interesado en defender con esta argumentación la selectividad del procesamiento a los militares responsables de atroces violaciones a los derechos humanos en la dictadura del autodenominado Proceso de reorganización nacional, y en justificar la lenidad de la pena impuesta a alguno de los miembros de las juntas procesadas (como el brigadier Agosti). Este

es por cierto un asunto que se puede discutir y comprender en el contexto de la situación política de aquel momento y de la relativa debilidad del primer gobierno de la transición democrática. Pero precisamente por eso es importante abogar por una instancia más independiente e imparcial que pueda corregir o perfeccionar las deficiencias de los procesamientos internos, especialmente cuando hay criminales que han quedado impunes. La cuestión no debería plantearse como disyuntiva entre “juicio desde adentro” o “juicio desde afuera” (es preciso decir además que *cuando se trata de los derechos humanos no hay “afuera”*), sino como instancias diferentes y no excluyentes. Como han señalado varios de los críticos en el libro citado, la alternativa a los juicios “desde afuera” es en muchos casos la impunidad; y otras veces lo que moviliza a los juicios “desde adentro” es la posibilidad o la amenaza de los juicios “desde afuera”, como sucedió de hecho, aunque tardíamente, con la justicia chilena en el caso *Pinochet*, y se ha reiterado ahora de alguna manera, más tardíamente aún, en la Argentina. Si la idea de “es mejor que las cosas se arreglen en casa” resulta moralmente inaceptable, como reconoce finalmente el autor (Malamud, 2003, p.145), la tesis inicial pierde sustento. Al reconocer que los “arreglos” domésticos muchas veces no hacen justicia (como era el caso de la transición democrática en Chile), o la hacen de una manera deficiente e insatisfactoria (como fue el caso de la Argentina), y siempre hay motivos y presiones internas para retacear la justicia, que son difíciles de obviar, como lo ha puesto justamente de relieve el autor del texto que estamos discutiendo, no se entiende porqué razones entonces se pretende denegar a las víctimas una instancia internacional de apelación o de reclamo de justicia. Desde todo punto de vista, haber cerrado en otra instancia las heridas en el tiempo oportuno, hubiera sido mejor que lo que se intenta hacer ahora en nuestro país, veinte años después, con procedimientos de dudosa legitimidad, como la anulación con efecto retroactivo de las leyes de impunidad.

Además de las razones generales esbozadas a favor de la complementariedad de los tribunales penales externos, quiero discutir más específicamente las tres presuposiciones enunciadas más arriba, en las que se apoya la tesis de Malamud Gotti en *Los dilemas morales de la justicia internacional*.

1) En cuanto a la concepción consecuencialista de la justificación moral, solamente quiero decir aquí que, como voy a sostener en el capítulo siguiente (6), en consonancia con buena parte de la teoría ética contemporánea, este es un punto de vista del cual no puede prescindirse como una mediación contextualista necesaria en la aplicación “prudente”, o sensata, de los principios morales a las situaciones concretas de la toma de decisiones. Pero cuando la preocupación por las posibles consecuencias se torna en el criterio *prioritario*, y mediatiza a los principios morales, o los desplaza, tenemos un tipo de acción instrumental, y no moral, que se orienta solamente por el éxito de los resultados, y no por la cualidad moral

intrínseca de la acción que se rige por principios (ya sean estos sustantivos o procedimentales). Uno de los problemas que plantea esta concepción es que la valoración de los fines y de la relevancia de las consecuencias son consideraciones siempre relativas, y dependen de los intereses y sentimientos particulares, o de las concepciones filosóficas, ideológicas y políticas, del sujeto de la acción. En el caso de las decisiones de los jueces se plantea otro problema, si se quiere más grave aún, porque al supeditar las razones morales y jurídicas a la valoración personal de las consecuencias se socava el fundamento moral de la legitimidad del derecho.

El escrito de Malamud parece presuponer incluso que la autoridad y legitimidad de los tribunales depende en general de la aprobación que el contenido de sus sentencias obtiene del público y de los efectos, o de las consecuencias sociales y políticas que las mismas producen. Como observa N. Torbisco Casal, uno de sus críticos, “la legitimidad de un tribunal debería asegurarse de antemano, previamente al ejercicio de sus funciones, y no a posteriori [...]” En el capítulo 4.3 se ha realizado ya, de manera general, la exposición y la crítica de la *teoría realista* del derecho, en la que parecen apoyarse los enunciados discutidos en este apartado.

Las decisiones de los jueces cuentan con el respaldo de la legitimidad moral del sistema jurídico y contribuyen a fortalecer esa legitimidad solamente en la medida en que sus sentencias se orientan ante todo por el principio de la justicia. Como ha escrito J. Rawls en la primera página de su libro fundamental:

La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva y esclarecedora que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, aunque las leyes e instituciones estén bien ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas [...] Siendo las primeras virtudes de la actividad humana, la verdad y la justicia no pueden estar sujetas a transacciones (J. Rawls, 1979, pp. 19-20).

2) En segundo lugar, se presupone con buenas razones que los afectados por las violaciones de los derechos humanos en un régimen de terrorismo de Estado no son solamente las víctimas directas que han sufrido los abusos en la propia carne, sino toda la sociedad que se ha visto sometida a la humillación del terror y a la pérdida de la libertad. Pero estas violaciones, como los genocidios, son “crímenes contra la humanidad”, por lo tanto el círculo de los afectados en su dignidad se extiende más allá de los connacionales, a todos los seres humanos, y de hecho estos crímenes tienen que producir un profundo sentimiento de indignación en todos los habitantes de la Tierra, independientemente de su nacionalidad, en la medida en que no carezcan de conciencia moral. Y si es así, están dadas las bases morales para un juicio y una condena en nombre de la humanidad. Incluso esta es la única razón que justifica la extrema

severidad de las penas que se merecen esta clase de criminales. La violación de la dignidad del hombre como tal, la afrenta a la humanidad, y no la infracción de las leyes contingentes de un Estado, o de los derechos de sus conciudadanos, son el fundamento último que justifica la sanción de las violaciones a los derechos humanos, aun cuando son juzgados en el propio país donde se perpetraron, o en el sus víctimas. Esta condena, con las especificaciones del caso, y la graduación del castigo que corresponda a la responsabilidad del acusado, podría expresarse en los términos de la reformulación que ha propuesto H. Arendt de la sentencia del tribunal en el juicio de Eichmann en Jerusalén, el cual no debió sentenciar en nombre del pueblo judío, sino en nombre de la humanidad:

Del mismo modo que tú apoyaste y cumpliste la política de unos hombres que no deseaban compartir la Tierra con el pueblo judío ni con algunos otros pueblos de diversa nacionalidad —como si tú y tus superiores tuvierais el derecho de decidir quién puede y quién no puede habitar el mundo—, nosotros [el tribunal] consideramos que nadie, es decir, ningún miembro de la raza humana, puede desear compartir la Tierra contigo. Esta es la razón, la única razón por la que has de morir ahorcado (H. Arendt, 1999).

3) La contraposición de los tribunales domésticos y los tribunales internacionales, en la que se apoya la tesis principal de la ineptitud de estos últimos para el logro de los fines y objetivos de la justicia penal, parte de la consideración de las diferencias de los públicos a los que se dirigen los jueces de estos dos tipos de tribunales y se fundamenta en el siguiente enunciado:

La “justicia” y el valor de las sentencias no reflejan, por lo menos no enteramente, las razones legales expresadas en las cuales aparecen justificadas. Paralelamente a estas razones expresadas, operan motivos y propósitos implícitos que se originan en las relaciones del tribunal con el público al cual éste se dirige (Malamud, 2003, p. 27).

La teoría de la argumentación y el análisis del discurso han mostrado por cierto que en los discursos de justificación racional no solamente se hacen jugar los datos objetivos de la experiencia, las inferencias lógicas y las buenas razones, sino también estrategias retóricas para manipular los sentimientos y prejuicios, o para satisfacer las expectativas e intereses del auditorio o del público al cual se dirige el discurso. La retórica del orador se rige por la regla de “*l’adaptation du discours à l’auditoire, quel qu’il soit*”.<sup>28</sup> Pero desde el punto de vista filosófico de la teoría normativa de la justificación racional de las pretensiones de validez de

<sup>28</sup> Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *La nouvelle rethorique*, (1958), 2ª ed., Bruselas, 1970, p. 33.

la argumentación, este tipo de análisis tiene un significado crítico, en cuanto permite diferenciar y separar las razones válidas de los pseudoargumentos meramente retóricos. Identificar sin más la justificación racional con las estrategias retóricas, y asumir que las sentencias de los tribunales no reflejan las razones morales y jurídicas que se invocan en sus fundamentos, sino que están determinadas por otros motivos paralelos encubiertos, o no declarados, que tienen que ver con las relaciones de los jueces con el público (“son las relaciones entre el tribunal y el público al que este se dirige las que modelan el contenido de sus veredictos”), puede llevar a concebir el proceso judicial conforme al régimen del espectáculo, que busca el aplauso del auditorio. Pero en esta relación *se pierde por completo la imparcialidad y la independencia de los jueces* y, en la medida en que el público sabe, a través de sus referentes ilustrados, que las decisiones del poder judicial están condicionadas o modeladas por motivos informales diferentes de los declarados, o por cálculos estratégicos encubiertos, y no por razones de justicia, entonces el tribunal pierde también autoridad, credibilidad y legitimidad ante el mismo público con el cual había querido congraciarse.<sup>29</sup>

Malamud hace hincapié en la consideración de que el público al que se dirigían los jueces argentinos en el juicio a las juntas era *el auditorio particular* de la propia sociedad, mientras que “los jueces de Núremberg se dirigían a *la comunidad mundial en su totalidad*”. En la *Nouvelle rethorique* de Perelman la argumentación tiene precisamente en la idea de un *auditorio universal* su pauta de corrección y de validez racional general. Cuando el que argumenta se dirige a un auditorio particular, cuyos sentimientos e intereses le son bien conocidos, es siempre probable que su discurso busque apoyos (inconciente o deliberadamente) en la adulación de los oyentes, y se oriente demagógicamente a la satisfacción de sus deseos y expectativas como la vía más fácil y segura de obtener la adhesión pública, en lugar de orientarse por la validez de las razones en orden a la verdad o a la justicia. Esta es la lógica propia de las estrategias retóricas de seducción del público en el régimen del espectáculo. Pero esta lógica no puede funcionar con respecto a un auditorio tan amplio y heterogéneo como “el auditorio universal”, en el cual se tienen que presuponer toda clase de sentimientos e intereses, incluso contradictorios, y a los cuales no puede apelar el orador porque le son desconocidos. “En el centro de la teoría perelmanniana, en cuanto teoría normativa de la argumentación,

---

<sup>29</sup> Malamud emplea explícitamente la metáfora del espectáculo en la respuesta a sus críticos, pero emplea este término en un sentido diferente y más cercano a la tesis que aquí defendemos: “[...] una condición para [poder] imponer castigos radica en la necesidad de apelar, en un debate público, al triunfo de nuestras razones sobre aquellas que proponen los acusados de violar derechos fundamentales. En segundo término, no hay mejor mecanismo para lograr este efecto que *el espectáculo* de un juicio presidido por personas a quienes las víctimas consideran imparciales y prudentes. *El escenario* de un tribunal es además el más apto para desenmascarar a personajes carismáticos” (Malamud, o. cit., 2003, p. 154).

se encuentra por ello la caracterización de un auditorio, al que sólo pueda persuadirse mediante argumentos racionales”.<sup>30</sup> Es decir, aún presuponiendo que el orador se orienta subjetivamente solamente por el interés retórico de la persuasión y el aplauso del auditorio, en este *contexto descontextualizado* ya no puede haber conflicto entre la intención de *persuadir* y la intención de *convencer* con buenos argumentos, porque el hablante tiene que apelar solamente a razones que puedan ser *reconocidas como igualmente válidas por todos*, independientemente de sus intereses particulares, y de esta manera su argumentación deja de ser meramente retórica. Esta *idea regulativa* de un “auditorio universal” debe guiar a todo tribunal de justicia, pero es la que tiene precisamente una realización aproximativa más confiable en un tribunal internacional. Es difícil de entender por lo tanto cuál es la teoría de la argumentación en la que se apoya la tesis de Malamud, al invertir este criterio y valorar como más apto para hacer justicia un tribunal que se dirige a un público particular, en razón de su particularidad.

Quizás debería decirse todavía que en el proceso judicial el auditorio es más complejo porque los jueces se dirigen ante todo a las partes, y en el tipo de caso analizado especialmente a las víctimas directas de los abusos cuyo reclamo de justicia se debe satisfacer. Yo no sé como sería posible sostener, en presencia de estas víctimas, que el objetivo principal del juicio y de la condena a sus victimarios es para el tribunal un objetivo político que, para el autor, es el afianzamiento de la democracia, pero podría ser también algún otro, porque las circunstancias políticas son contingentes, y además los jueces como ciudadanos tienen derecho a sostener diferentes ideologías y sus objetivos políticos pueden ser bien diferentes. Las teorías contemporáneas de la democracia liberal han sostenido por lo general que los derechos fundamentales, o bien son anteriores, o bien igualmente originarios, en todo caso, que tienen un valor moral independiente de cualquier clase de fines políticos, incluso los de la democracia, y que no pueden sacrificarse en aras de estos últimos (cf. Rawls, 1979; Habermas, 1998).

---

<sup>30</sup> Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, 1989, p. 161.