

BARTOLOMÉ CLAVERO

**DERECHO GLOBAL**

POR UNA HISTORIA VEROSÍMIL  
DE LOS DERECHOS HUMANOS

EDITORIAL TROTTA

Derecho global

Derecho global.  
Por una historia verosímil de los derechos humanos

Bartolomé Clavero

E D I T O R I A L T R O T T A

**COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS**  
**Serie Derecho**

© Editorial Trotta, S.A., 2014  
Ferraz, 55. 28008 Madrid  
Teléfono: 91 543 03 61  
Fax: 91 543 14 88  
E-mail: [editorial@trotta.es](mailto:editorial@trotta.es)  
<http://www.trotta.es>

© Bartolomé Clavero Salvador, 2014

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita utilizar algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN (edición digital pdf): 978-84-9879-517-2

*A Victoria Tauli-Corpus, Carlos Mamani, Carsten Smith, Lars Anders-Baer, Mick Dodson, Margaret Lokauwa, Lilliane Muzange Mbella, Pavel Sulyandziga, Hassan Id Balkassim, Tonya Gonella Frichner, Elsa Stamatopoulou..., compañeras y compañeros de fatigas en el Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas.*

## ÍNDICE

<i>Prólogo: 1948 y hoy</i> .....	13
1. SUJETO SIN DERECHOS Y ENEMIGO SIN GARANTÍAS EN LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE NACIONES UNIDAS, 1945-1966 .....	21
I. Medianoche en París el 10 de diciembre de 1948 .....	21
1. La extensión colonial de los derechos humanos .....	25
2. La devaluación universal de la Declaración .....	29
3. Humanidad y colonialismo en la Declaración Universal .....	34
II. La concepción de los derechos humanos por unos tiempos no tan inaugurales .....	38
III. ¿Participación de derechos al enemigo colonial? .....	44
IV. Dimensiones regionales del cortocircuito: el laboratorio panamericano .....	51
V. Desarrollo inmediato de la Declaración Universal .....	57
VI. Ilustración de desenvolvimientos constitucionales .....	60
1. Derechos humanos en la Constitución de Guatemala .....	61
2. Federalismo y no discriminación en la Constitución de Nigeria ...	64
3. Discriminaciones constitucionales por atención a pueblos en la Constitución de Malasia .....	67
VII. Desbloqueo de los derechos humanos por la descolonización .....	69
VIII. Proscripción de discriminación para con pueblos y minorías .....	75
IX. Suspensión entre abstracciones inequívocas y previsiones equívocas .....	79
1. Derecho para el enemigo y supremacismo cultural .....	81
2. Pueblos, minorías, mujeres, menores... ..	86
3. No se hará distinción alguna .....	89

2. CLÁUSULA COLONIAL Y ALGUNA OTRA CONTRARIEDAD PARA LA HISTORIA DE LOS DERECHOS HUMANOS .....	93
I. Descolonización y evolución de los derechos humanos .....	93
1. Descolonización y derechos humanos .....	93
2. Derechos universalistas y colonialismo relativista .....	98
3. Cláusula colonial y descolonización .....	103
II. Más allá de la descolonización y de la evolución.....	107
1. Posdescolonización y diversidad cultural.....	107
2. Reto de doctrina y de historiografía .....	111
3. Historia profesional y derecho internacional de los derechos humanos.....	118
3. ¿GLOBALIZACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO? TRANSNACIONALIDAD DE EMPRESAS ENTRE PODERES Y DERECHOS (1947-2012) .....	129
I. Introducción: ¿Hacia la globalización de un constitucionalismo integrado? .....	129
II. Organizaciones mundiales y conocimientos tradicionales .....	136
1. Una pizca de prehistoria .....	136
2. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual entre la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, y la Organización Mundial del Comercio .....	140
3. Conocimiento tradicional según el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore.....	143
4. Del Convenio sobre la Diversidad Biológica a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas .....	146
5. Primeras reflexiones interlocutorias: bienes globales y conocimientos tradicionales .....	152
III. Empresas transnacionales y pueblos indígenas .....	158
1. Declaración Tripartita de la Organización Internacional del Trabajo sobre Empresas Multinacionales.....	158
2. Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales .....	159
3. De los diez principios del Pacto Mundial al Marco y los Principios para <i>Proteger, Respetar, Remediar</i> .....	162
4. Del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.....	166
5. Principios sobre derechos humanos y empresas contra garantías de derechos de los pueblos indígenas .....	171
6. Segundas reflexiones interlocutorias: Responsabilidades y obligaciones; dogmática, políticas y derecho.....	181

ÍNDICE

IV. Conclusiones .....	192
1. Constitucionalismo y transnacionalidad; constituyencia y paradigma .....	192
2. ¿El rey sigue desnudo? .....	203
<i>Apéndice I: Derechos humanos de la Naturaleza</i> .....	207
<i>Apéndice II: Empresas, derechos, pueblos e instancias no gubernamentales de Naciones Unidas</i> .....	210
4. ¿HISTORIA DEL DERECHO SIN FRONTERAS? LOS DERECHOS HUMANOS COMO HISTORIA .....	215
I. Historia universal del derecho en falso .....	215
II. Horizonte europeo de una historia más que europea .....	217
III. ¿De qué hablamos cuando hablamos de derechos humanos?.....	223
IV. Historiografía de derechos <i>versus</i> tracto colonial.....	229
V. Hipoteca cultural de la historiografía .....	233

## Prólogo

### 1948 Y HOY

Si los derechos humanos constituyen un objeto, aunque inmaterial, perceptible, un objeto que se pueda identificar y analizar, los mismos no existen con anterioridad al último trimestre de 1945, a la fecha de fundación de las Naciones Unidas, la organización internacional que nació invocándolos y que vendría a formularlos pronto, a finales de 1948, mediante su Declaración Universal. Antes, lo que hay son aspiraciones y figuraciones, con su propia y distinta historia, por supuesto, en las que suele luego proyectarse la categoría de derechos humanos tal y como si no se bastase a sí misma para legitimarse y, en consecuencia, necesitara el pedigrí de la larga duración. Esto último resulta cosa sabida en lo que respecta al mal derecho, pues suele el mismo, por deficiente, buscar coartada en la historia; pero no debiera serlo respecto al buen derecho, como precisamente, se supone, sea el derecho de los derechos humanos. No tienen estos por qué necesitar historia más allá de la propia. ¿O tal vez sí? Si la busca y agradece, puede que tenga sus razones, razones en las cuales quiere este libro venir a escudriñar.

En 1948, la Declaración Universal de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos comienza su parte articulada consagrando un par de principios justamente complementarios:

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros;

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

A continuación, con tan buena base de partida en términos de universalidad, habría de venir ya el catálogo de los derechos que en concreto se reconocen como humanos, pero no resulta enteramente así. En medio, sin solución de continuidad con el segundo principio, el de no discriminación por causa alguna, se interpone algo extraño por producirse en términos de particularidad que pueden fácilmente saldarse en discriminación incluso sistemática y masiva. Se nos dice, en efecto, acto seguido:

Además no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Dicho sin eufemismos, se puntualiza que no se hará distinción respecto a las personas cuyos pueblos se encuentran sometidos a dominio colonial, ya sea por Estados que, con reconocimiento entre sí, se atribuyeran y ejerciesen dicho imperio sobre otros pueblos, ya sea también porque la comunidad internacional de Estados les tuviese encomendados a los de esa posición colonialista alguna supremacía equivalente. La Declaración Universal avalaba esta situación presumiendo que las personas de pueblos sujetos a colonialismo podrían disfrutar de derechos en igualdad. «No se hará distinción», pero la distinción así se hacía. Así quedaba hecha. La efectuaba la misma Declaración de Derechos Humanos ya entonces, en consecuencia, no tan universal. «Todos los humanos son iguales, pero unos humanos son más iguales que otros», digámoslo parafraseando un dicho bien notorio sobre animales de granja. He aquí el arranque, para lo bueno recordado y lo malo olvidado, de un derecho global.

La historia usual de los derechos humanos prefiere ignorar la existencia de esa *distinción*, una distinción que viene exactamente tras declararse que no debiera haberla, pese a todas las implicaciones que va a arrastrar incluso tras la descolonización y quizás hasta hoy. Es una historia la de los derechos humanos que, aun con todo el tiempo transcurrido desde aquel arranque paradójico, por no decir que llanamente contradictorio, se resiste a enfrentarse a las evidencias y escapar del ensueño encubridor en el que enseguida buscó y logró refugio, el ensueño de aquel pedigrí de historia hinchada y postiza. Hoy todavía, prácticamente no existe una historiografía crítica de los derechos humanos, crítica aunque solo fuere en el sentido técnico de colacionar y contrastar fuentes para poder reflexionar sobre evidencias sin ensueño ni engaños. Viene, a decir verdad, planteándose desde hace pocos años, realmente pocos, pero lo que aún sigue dominando es la historia idealizada de un derecho internacional que se dice de derechos humanos y a veces no muy raras resulta de políticas inhumanas.

Bastaría con contemplar al Imperio británico durante los años cincuenta del siglo XX, tras la Declaración, pudiendo ignorar flagrantemente garantías de derechos en Chipre o expropiar y reducir a campos de concentración al pueblo kikuyu en Kenia sin problema, todo esto y más, de procedencia internacional global, por no hablar de los Estados Unidos de América reanimando en la última década, la primera del nuevo milenio, políticas similares sin excesivas dificultades internacionales. De agentes de otro signo no digo, no porque no los haya e incluso abunden, sino porque, de adoptar tales conductas, se topan, en cambio, con problemas de orden internacional por justa alegación de derechos humanos. Incurren hoy en acciones contrarias a los mismos y en su nombre las propias Naciones Unidas. Naturalmente, nada de esto afecta al valor en sí de los derechos humanos, inclusive de los declarados por la organización internacional, pero todo ello arroja sombras siniestras sobre su historia desde finales de 1948 hasta hoy. Entonces, en 1948, con la Declaración Universal, se sentaron las bases del desenvolvimiento de todo un derecho global bastante desequilibrado desde su origen.

Los capítulos que se recopilan en este libro son fruto no solo del estudio, sino también de la experiencia. A propuesta del primer gobierno presidido por José Luis Rodríguez Zapatero, he sido miembro durante un trienio, el de 2008-2010, y colaborador con posterioridad de un organismo de Naciones Unidas que se ocupa de pueblos todavía sustancialmente colonizados, los pueblos «considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas», según la definición bastante comprensiva de una norma internacional de la que habremos de tratar. Sin esta experiencia personal, hubiera sabido peor cómo las mismas Naciones Unidas pueden promocionar simultáneamente los derechos más humanos y las políticas más inhumanas, una cosa y la contraria al mismo tiempo. Ahí cabe que radique el problema de fondo, en el hecho de que las segundas puedan situarse bajo la cobertura de los primeros, las políticas inhumanas encubrirse con derechos humanos. Este al menos es el núcleo de las páginas que siguen. Pugnan las mismas con la perplejidad de una experiencia y la contradicción de unas evidencias.

No es este un libro de defensa y promoción de derechos humanos, o al menos no lo es en forma directa y paladina. Se dedica a su historia con la carga de preocupación, desde luego, a las espaldas y, solo en momentos, a flor de piel. Marco la diferencia entre política e historia de derechos también a los efectos de dejar constancia de que el autor no se

hace ilusiones sobre lo que la profesión de la historiografía pueda. Mi experiencia no solo es internacional, sino también académica, como profesor de historia en facultad de derecho, lo que por sí solo ya debiera comprometer en el escrutinio de un pasado que afecta neurálgicamente en la materia de derechos humanos al presente. Convencido de que nada, ni siquiera los derechos, escapa a la historia, solo reúne trabajos que quieren contribuir a la historiografía crítica sobre aquellos concretos que se predicán distintivamente como humanos. Es tarea que hoy se halla en ciernes, solo arrancando. Hasta hace pocos años, como podrá comprobarse con creces, ni siquiera se planteaba.

La historiografía del derecho internacional en general y, muy en particular, de aquella que concierne a los derechos humanos, no suele hacerse mucho eco de incertidumbres ni perplejidades. Ha de decirse que, al menos la segunda, no resulta por lo común muy realista. Si se la confronta con la historia sin más, con sus evidencias palmarias, la historiografía convencional de los derechos humanos suele ser, sencillamente, inverosímil. Pero las formas idealizadas de escapismo cultural guardan una especial capacidad de resistencia frente a la dura realidad. Bien estaría si resultasen inocentes. Mas el caso es que, igual que encubren la historia de un ayer más o menos ya remoto, puede que igualmente ofrezcan cobertura a los peores desafueros de hoy. Parafraseando otro dicho, este de feligresía de iglesia, el camino hacia las políticas más inhumanas está empedrado de las intenciones más humanitarias. Con esto, inhumanidad y humanidad se funden, lo que es más que confundirse y confundir. Por su parte, a estas alturas, la historia idealista de los derechos humanos es uno de los mecanismos que sirven más eficazmente, como mínimo, para enervar y, como máximo, para neutralizar su defensa y promoción. El camino de la inhumanidad también lo asfalta la academia<sup>1</sup>.

1. Se cuenta a estas alturas con literatura sobre desviaciones sistemáticas de la puesta en práctica de políticas humanitarias inspiradas por el derecho internacional de los derechos humanos, pero aquí quiero ocuparme de un asunto, si se me concede, más de fondo, el de la configuración problemática de este mismo derecho. Aun con tendencia a rebajar la brecha relajando la inspiración de derechos, sobre lo primero, lo del sesgo sistémico, se significa la recapitulación de un académico iusinternacionalista con cierta experiencia en misiones y agencias humanitarias: D. Kennedy, *El lado oscuro de la virtud*, Córdoba, Almuzara, 2007, cuyo capítulo segundo, sobre prisioneros políticos por acusación de terrorismo bajo dictadura militar en Uruguay, tiene desarrollo con traducción también al español: D. Kennedy, *Los derechos de la primavera*, Málaga, Sepha, 2010. Con una reflexión previa se cuenta igualmente en castellano: D. Kennedy, *Rompiendo moldes en el derecho internacional. Cuando la renovación es repetición*, Madrid, Dykinson, 2002 (= «El derecho internacional: un vocabulario disciplinar para la crítica y la reforma»: *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 4 [2002], artículo primero). Para tratamientos concurrentes, J. M. Beneyto y D. Kennedy (eds.), *New Approaches to International Law: The European and the American Experiences*, La Haya, Springer, 2012. Para una perspectiva más convencional sobre eclosión de derechos humanos y socialización de espíritu humanitario en un

La mejor historia actual, a mi juicio, del derecho internacional o, más ampliamente, de la idea y de las prácticas de ordenamientos supraestatales, pertenece a alguien que ha puesto previamente de relieve la inverosimilitud de la historia corriente de los derechos humanos, pero he aquí que se produce una elipsis sintomática. En dicha historia se rebaja el perfil de estos últimos, de los derechos humanos, hasta el extremo de resultar poco menos que irrelevantes, perdiéndose buena parte de la historia de la que voy a ocuparme. Con ello también se pierde o, al menos, se vela la doctrina o jurisprudencia internacionalista de derechos humanos, mientras que se exalta el valor de la de tiempos cuando los mismos eran apenas, si acaso, una aspiración bastante cómplice, por otra parte, del colonialismo europeo, algo a lo que precisamente ha abierto también los ojos esa historiografía que digo mejor. Por medio intento situarme<sup>2</sup>.

Respecto a este libro, estuve dudando para título entre *1948* y *Derecho global*. Ambos ya corren en portadas, pero son lo suficientemente cortos para que lo que signifique sea el subtítulo, *Por una historia verosímil de los derechos humanos*. Al final, vayan ambos registros, uno del libro y el otro del Prólogo. El título en portada imprime carácter. *Derecho global* cuenta con una literatura que crece aceleradamente, pero no conozco estudio alguno a su respecto que se centre en esta historia de presente con la mirada vuelta no hacia el pasado, sino en dirección al porvenir, la historia de los derechos humanos desde 1948 hasta el momento actual, a los inicios del año 2013. Quizás sea mejor referirse a Derechos Humanos, con las mayúsculas, para singularizar aquellos que se proclaman por Naciones Unidas. Por fortuna, el derecho internacional de la organización internacional no enclaustra los derechos humanos ni los agota<sup>3</sup>.

escenario global, A. Neier, *Human Rights Movement: A History*, Princeton, Princeton University Press, 2012.

2. Me refiero como mejor historia actualmente, según veremos, a M. Mazower, *No Enchanted Palace: The End of Empire and the Ideological Origins of the United Nations*, Princeton, Princeton University Press, 2009; *Governing the World: The History of an Idea*, Nueva York, Penguin, 2012. La mitificación de una doctrina internacionalista de tiempos anteriores al planteamiento y desarrollo de un derecho internacional de los derechos humanos tiene su origen más reciente en M. Koskenniemi, *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del derecho internacional, 1870-1960*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2005, quien, en todo caso, no deja de tomar en debida cuenta el peso del colonialismo en sus tiempos, un peso que veremos determinante para el mismo caso del derecho internacional de los derechos humanos. El mismo D. Kennedy, *El lado oscuro de la virtud*, se ubica en la perspectiva histórica resultante de M. Koskenniemi, *El discreto civilizador de naciones*, con lo cual tenemos que las visiones justamente más críticas se encuentran con poco espacio, si alguno, para abordar las cuestiones que aquí vamos a afrontar.

3. Puede contrastarse, ilustrándose de paso lo dicho al arranque de este prólogo sobre la mala historia del buen o mal, mejor o peor, derecho, R. Domingo Oslé, *¿Qué es el derecho global?*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008 (traducido al inglés

1948 es el año de la proclamación de la Declaración Universal de Derechos Humanos por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Es también el año en el que un británico nacido y crecido en las colonias que se hizo famoso bajo el seudónimo de George Orwell escribió, trastocando números, 1984, un augurio, en cambio, lúgubre. En su *Rebelión en la granja (Animal farm)* es donde hay unos animales más iguales que otros. Y fue el año del asesinato de Mahatma Ghandi, una muerte que sumar al alrededor del millón provocado con la partición entre India y Pakistán. En los tiempos previos inmediatos, desde Auschwitz hasta Hiroshima y más allá, se habían perpetrado otros holocaustos y genocidios de proporciones incommensurables en términos de sufrimiento humano. También se han perpetrado más acá. Si hubo lección, solo se aprendió, si acaso, a medias. Es lo que vamos a comprobar respecto a la historia de los derechos humanos<sup>4</sup>.

Hablo de holocaustos y genocidios en plural, de la sucesión de holocaustos físicos y de genocidios culturales sin solución de continuidad tras 1948, sin interrupción sensible porque la Asamblea General de Naciones Unidas adoptara en dicho año no solo la Declaración Universal de Derechos Humanos, sino también la Convención para la Prevención y

como *The New Global Law*, Cambridge University Press, 2010), comenzando la historia del *derecho global* en la Antigüedad europea y prosiguiéndola a través de tiempos de una misma matriz cultural cargada incluso de religión; para un tráiler, R. Domingo Oslé, «Gayo, Vattel y el nuevo paradigma jurídico global»: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 96 (2012), pp. 99-123. Para el abordaje más usual, incluso entre juristas, que se centra en la asimetría generada por una globalización de la economía con rezago de las políticas todavía ancladas en poderes internos o externos de Estados sin otorgársele relieve comparable al derecho internacional de los derechos humanos, S. Cassese, *El Derecho Global. Justicia y democracia más allá del Estado*, Sevilla, Global Law Press, 2010. Para disciplinar la economía global, se requiere derecho global, pero puede que, globalmente, no haya vacío de derecho, sino mal derecho, y esto incluso bajo la marca de derechos humanos. Sabida la laguna existente al efecto para una perspectiva en el tiempo, a esto vamos.

4. Hay al menos un libro con el título de 1948 por referencia a otro acontecimiento de este año, el de la primera guerra árabe-israelí con la *nakba* de la expatriación palestina de fondo: B. Morris, *1948: A History of the First Arab-Israeli War*, New Haven, Yale University Press, 2008, en la línea revisionista de la visión israelí desde su interior. El año da para una biblioteca. Últimamente, para este 1948 de por sí bien expresivo de lecciones mal aprendidas entre los Estados que formaban las Naciones Unidas, N. Masalha, *The Palestine Nakba: Decolonising History, Narrating the Subaltern, Reclaiming Memory*, Londres, Zed Books, 2012, con reflexión sobre el *memoricidio* que vamos a contemplar más en general respecto a la dimensión colonial y demás discriminaciones en la trayectoria de los derechos humanos. Para añadir efemérides casera que también necesita memoria, en 1948 fue cuando la dictadura franquista levantó el estado de guerra vigente desde mediados de 1936 sustituyéndolo por la ley para la represión del bandidaje y el terrorismo; estos eran para su concepto la resistencia. En el exterior, con participación de la España de la dictadura y exclusión general de colonias, 1948 fue también el año de la reanudación de los Juegos Olímpicos tras los últimos celebrados en la Alemania nazi en 1936. Por 1948 comenzaremos.

Sanción del Delito de Genocidio, de un delito cuya tipificación a escala internacional se concibió en términos de eliminación cultural de pueblos antes que de su destrucción física. Las mismas Naciones Unidas se resistieron a guardar consecuencia con su propia Convención. El mantenimiento del colonialismo en la Declaración Universal propició dicha conducta suya y de los Estados. Holocaustos y genocidios, coloniales o no coloniales, constituyen no solo el más grave contrapunto, sino también el contraste más fehaciente para la complacencia en derechos humanos<sup>5</sup>.

Barajé más títulos para el libro, inicialmente *El enemigo colonial* o la variante *Enemiga colonial*, enemiga en el sentido más sustantivo e impersonal de hostilidad, de la hostilidad con la que se recibieron en medios coloniales, con bastante fundamento, los Derechos Humanos. No fue fruto de ignorancia sobre intenciones ajenas, sino de experiencia en carne propia, la percepción de la entidad colonial de la Declaración Universal. De esto y de la secuela me ocupo. Se trata de un hándicap que pesa en efecto hasta hoy. Acabé descartando este otro tipo de título por no anticipar un mensaje negativo sin los matices que solo caben a lo largo del despliegue de las páginas del libro. Se aplican a la crítica de los Derechos Humanos, los promovidos por las Naciones Unidas, no de los derechos humanos. Si se anunciase que el libro trata de *Derecho colonial de los derechos humanos*, un tal título resultaría sin duda bastante chocante<sup>6</sup>.

5. Sobre la concepción del delito de genocidio, B. Clavero, *Genocide or Ethnocide, 1933-2007: How to Make, Unmake and Remake Law with Words*, Milán, Giuffrè, 2008 (no hay edición en castellano). En la investigación últimamente creciente sobre sucesión de holocaustos físicos y genocidios culturales en el caso de Europa destaca a nuestros efectos, por su atención a derechos, M. Mazower, *La Europa negra. Desde la Gran Guerra a la caída del comunismo*, Barcelona, Ediciones B, 2001 (título tan cacofónico vierte el original *Dark Continent*). Para muestras de la continuidad de holocaustos y genocidios, así como de la resistencia de Naciones Unidas y de sus Estados constituyentes a tomarse en serio su propia tipificación del delito, A. D. Moses (ed.), *Empire, Colony, Genocide: Conquest, Occupation, and Subaltern Resistance in World History*, Nueva York, Berghahn, 2008; A. Parellada y M. L. Beldi de Alcántara (eds.), *Los aché del Paraguay. Discusión de un genocidio*, Copenhague, IWGIA, 2008; B. Clavero, *¿Hay genocidios cotidianos? Y otras perplejidades sobre América indígena*, Copenhague, IWGIA, 2011.

6. J. M. Fradera ultima un libro sobre *Naciones imperiales* del largo siglo XIX, inclusive la España con sus archipiélagos coloniales por América, Asia y África, que, en lo que interesa a este, puede poner en antecedentes, pues se preocupa de derechos y ciudadanías. La historia del derecho de estos tiempos metropolitanamente constitucionales que se sigue haciendo por gentes ajenas a la investigación histórica, por no decir llanamente aficionadas, pues tienen su propia profesión de constitucionalismo o de filosofía, suele abstraerse de esas chocantes realidades. Para muestra española sobradamente ilustrativa del escollo, no diré que del impedimento: G. Peces-Barba, E. Fernández García, J. M. Rodríguez Uribes, R. de Asís Roig y F. Javier Ansoátegui Roig (eds.), *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 1998-2007, tomo III, vol. V, *El derecho positivo de los derechos humanos. Derechos humanos y comunidad internacional*, 2007. De los casos precisamente todavía excepcionales de otra historiografía de los derechos humanos habré, desde luego, de ocuparme bastante más de lo ya registrado como prólogo.

Sus capítulos fueron originalmente publicados por el Centro de Historia del Pensamiento Jurídico Moderno de la Universidad de Florencia, en cuyo seno se tiene constancia del agradecimiento que aquí reitero. Pietro Costa, en su calidad de director durante estos últimos años de la revista anual de dicho Centro, la serie de *Quaderni Fiorentini*, ha promovido con resolución estudios sobre iusinternacionalismo y colonialismo. El maestro común, Paolo Grossi, nos enseña a aplicar la crítica en todas sus dimensiones no solo a la historia del derecho, sino también, mediante la historiografía precisamente, al derecho mismo. En un sector de la especialidad de historia jurídica hemos venido del estudio de tiempos medievales europeos a la investigación más comprometida acerca de nuestro propio momento con horizontes menos ensimismados. El Centro florentino impulsa esta evolución. Ha sido el hogar de acogida de los capítulos de este libro. Agradezco a Alejandro Sierra que el de adopción definitiva sea Trotta, editorial con cuya política cultural distintiva sintoniza mi trabajo<sup>7</sup>.

Tratándose de capítulos redactados por separado, alguna repetición se produce al reunirlos. Hago ajustes, pero mantengo reiteraciones que puedan servir para recalcar extremos relevantes a mi juicio, no siempre los mismos que suelen tenerse por tales. Las referencias bibliográficas se citan por entero a la primera comparecencia en cada capítulo. El mismo criterio se aplica a las siglas. En cuanto al manejo y cita de documentación internacional, en momentos colaciono la versión inglesa no solo por ser el inglés la *koiné* actual, sino también por problemas de correspondencia con la trasposición castellana que pueden resultar claves para la propia concepción y práctica de los derechos humanos, para su pasado y para su presente, para el presente de cuya historia aún no pasada quiero ocuparme. Adentrémonos en materia sin más demora.

7. Los tres primeros capítulos fueron publicados en los referidos *Quaderni Fiorentini*, 38 (2009), pp. 1547-1620; 40 (2011), pp. 1061-1098, y 41 (2012), pp. 483-580. Al primero, que apareció bajo el título «No distinction shall be made», le agregué el apartado sexto, el de los desenvolvimientos constitucionales. Al capítulo 3 le agregué un par de apéndices; su grueso ha atravesado un periodo de formación entre foros y revistas, con las deudas correspondientes, que explico en su primera nota. El cuarto capítulo es ponencia presentada al encuentro Storia e Diritto. Esperienze a confronto en la misma Universidad de Florencia, 18-19 de octubre de 2012, con ocasión del cuadragésimo aniversario de los citados QF. Sus actas se publicarán por P. Costa y B. Sordi en la Biblioteca del Centro per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno. Puntualizo algún extremo, inclusive alguna conclusión de capítulo; en todos ellos, retoco o introduzco epígrafes, depuro y añado referencias, pulo estilo, traduzco citas y procedo a ajustes, algunos, como en los apéndices dichos, para puesta al día a la fecha de cierre del libro, finales de 2012.

SUJETO SIN DERECHOS Y ENEMIGO SIN GARANTÍAS  
EN LA DECLARACIÓN UNIVERSAL  
DE NACIONES UNIDAS, 1945-1966

I. MEDIANOCHE EN PARÍS EL 10 DE DICIEMBRE DE 1948

1948 ha conocido el verano más caluroso del siglo en París, pero el invierno se atiene a la media. Es llevaderamente frío. El viernes día 10 de diciembre, la temperatura no llega a elevarse por encima de los diez grados Celsius o cincuenta Fahrenheit<sup>1</sup>. Caída ya la noche, en el Trocadéro, el ambiente del Palais de Chaillot no es caluroso, pero está caldeado. La Asamblea General de las Naciones Unidas se encuentra ahí reunida para proceder en pleno a la votación final de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, mas el ambiente, sin embargo, no es de fiesta<sup>2</sup>.

Hay todavía algún punto clave por resolver y no porque se haya dejado deliberadamente para última hora, sino por la sencilla razón de que ningún acuerdo se ha logrado a su respecto hasta este momento postremo. Está en juego nada menos que la mismísima universalidad del referido instrumento. ¿Cómo van a garantizarse derechos humanos en un mundo donde todavía predominan el colonialismo y otras políticas racistas por parte de los mismos Estados que acaban de constituir Naciones Unidas? ¿Basta entonces con la Declaración en términos de universalidad o habrá esta misma de formularse con las oportunas distinciones? ¿Cómo hacer lo segundo, de resultar preciso, sin que lo primero se resienta? ¿Y cómo dar

1. <http://www.tutiempo.net/en/Climate/Paris-Orly/12-1948/71490.htm>, para temperaturas de ese día.

2. El sitio de la Dag Hammarskjöld Library, la biblioteca de las Naciones Unidas en la sede de Nueva York, ofrece una página de *Landmark Documents* donde se encuentran las actas de la sesión en las cinco lenguas oficiales de entonces: <http://www.un.org/Depts/dhl/landmark/amajor.htm>. Las citas son fácilmente localizables mediante el buscador del archivo. Las versiones españolas no eran muy esmeradas, dependiendo más del francés que del inglés y así, por ejemplo, prevaleciendo el uso de «derechos del hombre» sobre el de «derechos humanos», a cuya impropiedad, incluso en francés, me referiré.

pie en otro caso a que hubiera quienes quedasen fuera de la cobertura del reconocimiento internacional de libertades de los seres humanos? ¿Podía una declaración tal distinguir unos sujetos amigos con derechos, los colonizadores, de otros extraños a merced, los colonizados? He ahí ayer el reto y aquí ahora la intriga<sup>3</sup>.

Los idiomas oficiales en las Naciones Unidas por entonces eran el inglés, el francés, el ruso, el chino y el español, todavía no sintomáticamente el árabe, sirviendo particularmente los dos primeros como lenguas de trabajo. En inglés se maneja el presidente a la sazón de la Asamblea General, el jurista y político australiano Herbert Vere Evatt. El texto de la Declaración Universal viene a su última sesión encabezado por tres artículos que fijaban sus principios y su alcance. El desacuerdo que se arrastra toca al tercero. A esta hora atrasada se manifiesta por un par de enmiendas de signo opuesto aun aparentando ambas estar a favor de la extensión de los derechos humanos y no resultando favorable en realidad ninguna de ellas a dicho propósito. Vayamos exponiendo para procurar enseguida ir explicando<sup>4</sup>.

En el primer artículo del proyecto final se sienta la igualdad en derechos de todos los seres humanos: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos [...]». El segundo afianza esta regla con la proscripción de toda discriminación por cualquier género de causa con algunas especificaciones significativas:

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

El problema radica en el artículo tercero interesando además de forma bien neurálgica a los dos previos, a los respectivos principios de efectividad tanto en la universalidad como en la igualdad de los derechos humanos. A estas alturas de una última fase ya en pleno, este tercer artículo del proyecto afirma que los derechos universales corresponden en igual grado e idéntica medida a quienes son naturales de territorios dependientes, de cualquier grado o clase que fuera la dependencia:

3. Este capítulo corresponde en origen a la invitación de Pietro Costa, en su calidad de director de los *Quaderni Fiorentini*, a que reflexionásemos sobre «los derechos de los enemigos», a quienes rastree por un paradero reconozco que inverosímil, esto es, en el regazo de las normas de los derechos humanos.

4. Para una crónica muy expresiva, pues se ocupa de estos pasos finales de la Declaración Universal junto a las actividades paralelas de otras instancias de Naciones Unidas, ver *International Organization*, 3-1 (1949), pp. 41-164. La Declaración Universal de los Derechos Humanos comparece como un subepígrafe de las «cuestiones sociales, humanitarias y culturales», tampoco a su vez las que se sitúan en un primer lugar.

Los derechos proclamados en esta Declaración se aplican igualmente a todos los habitantes de territorios bajo administración fiduciaria y de territorios no autónomos<sup>5</sup>.

El artículo ha sido propuesto con éxito por Yugoslavia durante la última fase de los trabajos preparatorios, a finales de noviembre, en el seno del Comité Social, Humanitario y Cultural, el llamado Tercer Comité, al que corresponde la discusión y aprobación del proyecto. El debate habido sobre territorios dependientes, esto es, las colonias, no ha conducido a acuerdo alguno<sup>6</sup>. La Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, que viene pujando por la descolonización, presenta ahora una enmienda que resulta prácticamente a la totalidad, proponiendo la sustitución del texto aprobado en comisión por otro artículo tercero más concreto y más extenso. Es de alcance. Todos los pueblos y todas las naciones tendrían el derecho a la autodeterminación nacional. Los Estados responsables de la administración de territorios no autónomos, incluyéndose las colonias, habrían de facilitar la puesta en práctica de este derecho. Los pueblos y las nacionalidades del interior de los Estados gozarían de iguales derechos sin discriminación alguna. A las minorías nacionales se les garantizaría el derecho al empleo de su lengua propia y a contar con centros de enseñanza, bibliotecas, museos y otras instituciones culturales nacionales. Tal es la propuesta soviética<sup>7</sup>.

La otra enmienda, no menos, de otra forma, a la totalidad, aunque esto no salte tanto a primera vista, se debe al Reino Unido. Se presenta como una alternativa no solo a la propuesta soviética, sino también al artículo aprobado en comisión, el que propusiera Yugoslavia. Propone su eliminación y la adición de un segundo párrafo al artículo anterior, el segundo. Helo aquí:

Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

5. Traducción mía, pues la enmienda no se reproduce en las actas de la sesión y no he localizado la versión oficial española exenta ni en la Biblioteca Hammarskjöld ni en su sitio web.

6. J. Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights: Origin, Drafting and Intent*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 1999, pp. 96-101; G. Alfredsson y A. Eide (eds.), *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement*, La Haya, Kluwer, 1999, pp. 75-80. No hay un volumen con los trabajos preparatorios de la Declaración Universal, ni siquiera por iniciativa de las Naciones Unidas, tal vez por no quedar en evidencia.

7. La enmienda no se reproduce en las actas de la sesión donde se debate. Se la tiene junto a otras que aún mantenía la Unión Soviética frente al proyecto (<http://www.udhr.org/history/A784.htm>).

Se la habrá seguramente reconocido. Es el definitivo párrafo segundo del artículo segundo. La enmienda británica fue, en efecto, aprobada con veintinueve votos a favor, diecisiete en contra y diez abstenciones, mientras que la enmienda soviética cosechó treinta y cuatro votos en contra, ocho a favor y catorce abstenciones. Se impone la propuesta que más afinidad aparentemente guarda con el artículo tercero del proyecto, aunque la alineación de los votos ya puede hacer sospechar que hay diferencias de fondo. Con tal retoque, el único efectuado en esta fase de pleno de la Asamblea General, la Declaración Universal de los Derechos Humanos se adopta a medianoche de aquel 10 de diciembre recibiendo cuarenta y ocho votos a favor y ninguno en contra, y produciéndose dos ausencias y ocho abstenciones, estas las de la Unión Soviética, Yugoslavia, Bielorrusia, Ucrania, Checoslovaquia, Polonia y, por motivos de orden diverso también entre sí, la Unión Sudafricana y Arabia Saudí<sup>8</sup>.

La Unión Soviética, Yugoslavia, Bielorrusia, Ucrania, Checoslovaquia y Polonia no votan en contra, sino que tan solo se abstienen, porque a lo que se oponen no es a una declaración a cuya elaboración han contribuido positivamente, sino a que se guillotine el debate dejándose irresuelto un asunto tan clave como el que interesa a minorías y pueblos, a las personas que se identifican con culturas distintas a la del Estado o imperio en suerte. Reservas mentales tienen todos, comenzándose por los Estados coloniales. La sesión golfa de la Asamblea General de Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948 se clausura pasada la medianoche. La Declaración Universal no se recibe con el alborozo que luego se supone. Parece que incluso la cobertura de prensa fue bastante modesta. Consciente, la propia Asamblea General acuerda durante esa misma sesión, por cuarenta y un votos a favor y nueve abstenciones, que Naciones Unidas deben darse un trabajo de difusión y propaganda.

La resonancia inicial de la Declaración Universal es cuestión que espera estudio. La misma decisión de difundirla por parte de Naciones Unidas hay que tomarla a beneficio de inventario. Al fin y al cabo, como habremos de ver, la humanidad no es en origen la destinataria. Por cuanto contemplaremos, hubiera sido una curiosa experiencia, desde luego, la de que se le hubiese propagado traducida a las propias lenguas indígenas entre pueblos sometidos al colonialismo, realmente numerosos en aquellos tiempos. Por entonces, en Naciones Unidas ni siquiera se traduce al árabe.

Nuestro abanico de tiempo es necesariamente, por cuanto veremos, algo más dilatado. Nos ocupamos de la suerte de los derechos humanos de los sujetos coloniales, de los individuos y los pueblos sometidos a algu-

8. J. Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights*, pp. 21-28, exponiendo las respectivas motivaciones.

na forma de colonialismo, entre 1945 y 1966, esto es, entre la *Charter* o Carta de las Naciones Unidas y los *Covenants* o Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales integrantes de la Convención de Derechos Humanos, las dos piezas constituyentes del Tratado multilateral complementario y materializador de la Declaración Universal. Los veremos en el derecho internacional y en un muestrario de derecho constitucional.

### 1. *La extensión colonial de los derechos humanos*

La diferencia entre el artículo tercero del proyecto y el segundo párrafo del artículo segundo definitivo no es tan solo de estilo y de ubicación, sino también, en efecto, de fondo y de alcance. El pronunciamiento original se refiere en términos positivos al goce en igualdad (*equally*) de los derechos humanos entre habitantes de países independientes tanto como entre los de territorios dependientes cuya ausencia resalta en el párrafo definitivo, el cual, en cambio, sienta en términos negativos la proscripción de discriminación sobre la base de (*on the basis of*) la pertenencia a territorio dependiente. Para la propia fuerza del canon de igualdad, esto puede marcar una diferencia en unos tiempos que, aun disimulándose con el lenguaje tanto del artículo del proyecto como de la enmienda británica, no en cambio con el de la propuesta soviética, se caracterizan por la existencia de un colonialismo abierto imponiendo una desigualdad radical. Todo esto, inclusive lo de la diferencia entre las propuestas yugoslava y soviética de una parte y la británica de otra, lo iremos apreciando mejor conforme avancemos, pues constituye todo ello cuestión lógicamente crucial para el planteamiento y la operatividad, o más bien inoperatividad, de los derechos humanos.

La propuesta soviética se singulariza ante todo por hacer uso de otro lenguaje, comenzando por llamar algunas de las cosas por su nombre y dejarse así de eufemismos o poco menos. Habla de pueblos con derecho de libre determinación, y de nacionalidades y minorías con derecho a la propia lengua, a la propia cultura y al propio sistema de educación, sin discriminación de esta forma tan efectiva, con cierta capacidad de autonomía, y no de otro modo, mediante, por ejemplo, asimilación forzada de ciudadanía, todo ello incluyendo explícitamente, por si cupieran dudas, a las colonias (*including colonies*). El lenguaje al menos es, en efecto, franco y prometedor.

Al contrario que las otras dos alternativas, la propuesta soviética obligaría a políticas activas a las que podían entenderse ya comprometidas las Naciones Unidas por cuanto que su Carta, de 1945, contiene el principio de libre determinación de los pueblos y por razón también de que en la precedente Liga de Naciones, aun de forma un tanto circunstan-

ciada y circunscrita, reduciéndose a casos centroeuropeos, y sin reconocimiento ni capacitación de autonomía, se habían adoptado respecto a las llamadas minorías dicho entendimiento de la no discriminación como derecho a la propia lengua y a la propia cultura frente a políticas de construcción de ciudadanía de Estados<sup>9</sup>. La libre determinación de los pueblos no la registra en todo caso la Carta en los términos más comprometidos de considerarla un derecho:

Los Propósitos de las Naciones Unidas son: [...] 2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal.

Volvamos a 1948. El mismo 10 de diciembre, a continuación de aprobarse la Declaración con la enmienda británica, la Asamblea, por cuarenta y seis votos a favor, seis en contra y dos abstenciones, decide el aplazamiento de la cuestión del derecho de las llamadas minorías. El mismo término puede indicar que lo que queda pendiente es el principio mismo de la igualdad en la clave que concierne a la no discriminación. Eludiendo el compromiso de definir a conciencia sus propios principios, la Declaración Universal guarda silencio no solo sobre las susodichas minorías, sino también acerca de los pueblos, tal y como si de este modo finalmente presumiera que la dependencia política o el extrañamiento cultural no afectan para nada al goce de derechos con alcance universal y en pie de igualdad por parte de «todos los seres humanos» (*tous les êtres humains; all human beings*), una presunción entonces llanamente incomprensible, sino incluso seriamente ofensiva, para buena parte de la humanidad por encontrarse y mantenérsela en situación de sometimiento colonial o de otra índole menos visible. El asunto de las llamadas minorías, comprendiéndose pueblos, no se abandona por Naciones Unidas, pero se cancela por completo de la Declaración Universal<sup>10</sup>.

Igual que la propuesta británica, la soviética tampoco merece tomarse literalmente por el sentido primario de su lenguaje. A lo largo del mismo debate de la noche del 10 de diciembre se pone esto paladinamente de manifiesto. La Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas defiende la posición más cerrada de sujeción de los derechos humanos a la respectiva so-

9. C. Fink, *Defending the Rights of Others: The Great Powers, the Jews, and International Minority Protection, 1878-1938*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, parte II: «The Minority Treaties».

10. J. Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights*, pp. 102-109, 269-280 y 370; para un acercamiento más incisivo, M. Mazower, «The Strange Triumph of Human Rights, 1933-1950»: *The Historical Journal*, 47-2 (2004), pp. 379-398, ligando estrechamente la aceptación de la Declaración por los Estados a su implícito abandono del compromiso precedente con la cuestión de las minorías.

beranía nacional, esto es, soberanía del Estado o del pueblo que como tal se constituyere en ejercicio de su libre determinación según la propia propuesta, bajo cuya dependencia así denominada de *soberanía* (*sovereignty, souveraineté*), quedarían entonces igualmente subordinados los derechos de los seres humanos, todos los derechos y los de cada uno o cada una de los individuos. Comienza la defensa de la enmienda por entender que los derechos ya se contienen en la Constitución soviética tratándose entonces de que otros Estados, Declaración mediante, sigan el ejemplo. He aquí pasajes del registro de este discurso soviético en las actas:

La delegación de la URSS hizo observar que algunos artículos hacen caso omiso de los derechos soberanos de los Gobiernos democráticos; además hay en el proyecto disposiciones que son directamente incompatibles con la Carta, que prohíbe la intervención en los asuntos interiores de los Estados. [...] Se ha pretendido algunas veces que la Declaración de Derechos del Hombre no debe referirse a los asuntos de orden nacional porque está dedicada a los derechos del ser humano en cuanto individuo. Es imposible aceptar esta opinión, aunque solo sea por el hecho de que los derechos del hombre no pueden concebirse fuera del Estado; hasta el propio concepto del derecho y de la ley está vinculado al del Estado. [...] La delegación de la URSS subrayó que el proyecto de Declaración no menciona en forma alguna el importante principio del derecho de autodeterminación de los pueblos. El reconocimiento de este derecho representa uno de los mayores éxitos alcanzados por la política interior de la URSS. Aunque la delegación de la URSS no esperaba que este derecho fuera proclamado en la Declaración de derechos del hombre con la misma fuerza que en la Constitución de la URSS, estima que los resultados obtenidos en su país deberían tenerse en cuenta.

Yugoslavia argumenta a favor del artículo tercero, pero sin mantenerlo en sus propios términos. Lo interpreta, sin necesidad de un excesivo esfuerzo, en la línea de la enmienda soviética, respaldándola. El tono es, sin embargo, patentemente distinto, sin énfasis en la soberanía para la afirmación de los derechos. También sitúa mejor la novedad de la cláusula de signo que entiende inequívocamente anticolonial y que al fin y al cabo, aun sin el calificativo, se introdujo por el pie de la propuesta yugoslava del artículo tercero. Así se centra el argumento de Yugoslavia ante la Asamblea General:

[E]l proyecto tiene algunas ventajas. La delegación de Yugoslavia puso de relieve en primer lugar la importancia de las disposiciones del artículo 3, relativas a la aplicación de la Declaración de Derechos del Hombre a las poblaciones de los territorios bajo administración fiduciaria y de los territorios no autónomos. En este sentido, viene a ser uno de los pocos documentos internacionales en que la cláusula colonial, injusta y discriminatoria, queda abandonada y hasta reemplazada por otra cláusula de sentido opuesto, que reconoce la igualdad entre los pueblos coloniales y los de los demás territorios.

Al oponerse a las cláusulas procoloniales como estilo entendido o incluso expreso de los instrumentos internacionales, permitiendo la exención de las colonias por parte de los respectivos Estados colonialistas, Yugoslavia no solo se está refiriendo a una práctica de los tiempos de la Liga de Naciones, sino también a la postura de las flamantes Naciones Unidas, de las que lo mejor que puede decirse es que carecen por entonces de una posición clara al respecto<sup>11</sup>. Solo el día antes, el 9 de diciembre, se había adoptado por la Asamblea General, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio incorporando por iniciativa británica una cláusula de tal signo colonialista con todo el eufemismo del caso. Permitiendo una exclusión de partida y unas inclusiones selectivas, así reza el correspondiente artículo de esta Convención:

*Artículo 12:* Toda Parte contratante podrá, en todo momento, por notificación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, extender la aplicación de la presente Convención a todos los territorios o a uno cualquiera de los territorios de cuyas relaciones exteriores sea responsable.

Si se hace previsión de la posibilidad de extensión de la Convención contra el genocidio a lo que al fin y al cabo, entre tanto eufemismo, son las colonias, es porque se entiende que el instrumento de entrada solo obliga a los Estados respecto a su ciudadanía metropolitana. Dicho llanamente, el tratado multilateral contra el genocidio no era de aplicación a las colonias.

He ahí por entonces la práctica habitual, la que ha venido sobrentendiéndose incluso durante el proceso de elaboración de la Declaración Universal hasta que la propuesta de Yugoslavia pone el asunto sobre la mesa. Obsérvese el adverbio que da entrada a la enmienda británica que finalmente la sustituye: *furthermore*... Parece expresión de una adición y no de una clarificación. ¿Se concreta un extremo contenido en los principios que entonces conviene, para que no haya dudas, registrar, o se añade algo que no se entiende incluido en ellos y lo cual debe, por tanto, especificarse para que pueda comprenderse? Si se tratase claramente del primer caso, se habría utilizado otro adverbio, uno de consecuencia y no de agregación, por ejemplo, *therefore* en vez de *furthermore*; «por consiguiente» en lugar de «además». La diferencia resulta crucial. Es lo que también se resalta por la comparación con las propuestas yugoslava y soviética.

Si en el proceso de elaboración de la Declaración Universal de Derechos Humanos no se afronta el reto del colonialismo hasta que la pro-

11. Para el caso británico, del que habremos naturalmente de tratar, ofrece un estado del juego de las cláusulas coloniales para aquellas alturas J. E. S. Fawcett, «Treaty Relations of British Overseas Territories»: *The British Year Book of International Law*, 26 (1949), pp. 86-107.

posición yugoslava del artículo tercero provoca en la Asamblea General la dinámica conducente a la cláusula aparentemente anticolonial de su artículo segundo, párrafo segundo, esto es, la propuesta británica, ¿cómo se entiende realmente la extensión y produce en la práctica el juego de la previsión definitiva? ¿Constituiría, en efecto, su presupuesto y operaría así en otro caso, como ocurre en dicha convención coetánea, la del genocidio, la cláusula de signo colonial, aunque no se la expresase ni abierta ni implícitamente, sino todo lo contrario, en el caso de la Declaración? ¿Puede haberse entonces llegado a tener la cláusula colonial como principio siempre sobrentendido de un derecho internacional de carácter entonces consuetudinario, sin necesidad, por tanto, de que se la registrase?

Cuando solemnemente se proclama por la Declaración Universal que «todos los seres humanos» (*all human beings*) son sujetos de los derechos o que, según van desgranándose, lo es «toda persona» (*everyone*), «los hombres y las mujeres» (*men and women*) por igual, ¿se comprenden realmente todos y cada uno o cada una? Si no, ¿cómo alcanza la Declaración a un resto una vez que la extensión se introduce? En la respuesta a esta serie de interrogantes, uno solo en el fondo, estaba efectivamente en juego la universalidad e igualdad de los derechos humanos con todos sus corolarios.

## 2. La devaluación universal de la Declaración

Son preguntas tal vez entonces innecesarias o, al menos, prematuras, puesto que el valor que de hecho se le confiere a la Declaración las deja, como mínimo, aplazadas. En la misma sesión noctámbula del 10 de diciembre también se vota un par de propuestas relevantes al efecto del aplazamiento de unas cuestiones. De una parte, se acuerda tomar en consideración, bien que para un momento ulterior, el asunto ya referido del encaje de los derechos de las minorías, esto por cuarenta y seis votos a favor, seis en contra y dos abstenciones; de otra parte, se aprueba la preparación de una convención o tratado multilateral con mecanismos de ratificación y supervisión que afianzasen la Declaración, esto otro por cuarenta y cuatro votos a favor, ninguno en contra y ocho abstenciones, en términos, así, parejos a los de la votación de la Declaración y con el mismo argumento de que no está madura, sobre todo por necesitar la inclusión de los derechos de los pueblos y de las minorías. Sobre los primeros no se vota ni acuerda nada este día. Algo, empero, se decide. Por el mismo aplazamiento del asunto de las minorías, se difiere igualmente la cuestión de los derechos de los pueblos. No se trata de compartimentos estancos. Las personas pertenecientes a pueblos sin cobertura de Estado propio se entienden entonces, aunque formen mayoría en su medio,

como miembros de minorías. Son detalles que tocan a la médula de la Declaración.

Quedan minorías y pueblos pendientes de declaraciones y convenciones que tardarían más de una década en comenzar a llegar, haciéndolo además con parsimonia. Aquí lo que nos interesa es la primera fase de vigencia de la Declaración Universal, su largo primer momento prácticamente en solitario, en la soledad que provoca incertidumbre sobre su valor como instrumento internacional. Las convenciones son entonces normas conocidas, por practicadas, sobre cuyo alcance normativo a través de ratificación por los Estados y algún tipo de supervisión por instituciones internacionales no caben dudas. Como instrumento internacional, la Declaración constituye, en cambio, una forma normativa nueva. ¿Qué valor tiene si no se plantea que los Estados la ratifiquen y además Naciones Unidas no se reservan ningún mecanismo específico de supervisión o adjudicación ni asignan ninguna competencia de tal índole a ninguna institución internacional? En la medianoche del 10 de diciembre de 1948, el presidente de la Asamblea, el jurista y político australiano H. V. Evatt, en su breve discurso de parabienes por la aprobación bastante mayoritaria, pues no unánime, ofrece una respuesta tan problemática y discutible como, para aquel primer largo momento de vigencia en solitario, segura y eficaz. Así recogen las actas tal pasaje clave del discurso de la presidencia, no tan improvisado como aparenta:

Esta Declaración constituye únicamente el primer paso, puesto que no es una convención que obligue a los Estados a observar los derechos fundamentales del hombre; tampoco se prevén en ella medidas de aplicación.

Por supuesto, una cosa es que una norma no prevea nada sobre su propia puesta en práctica y otra bien distinta que carezca de todo valor normativo, lo que sería un contrasentido. De la falta de previsión de mecanismos de supervisión o de adjudicación no cabe deducir sin más la carencia de entidad normativa. Pero es tal cosa lo que se asevera en la Asamblea General inmediatamente tras la adopción de la Declaración Universal. Como no se trata de una convención, de esta clase bien conocida de tratado entre Estados, la nueva forma de instrumento internacional que la Declaración representa nace inerte a efectos prácticos. Resulta anuncio de norma y no una norma por sí misma. Tal es, al menos, el entendimiento del presidente de la Asamblea misma que la adopta sin aparente objeción por parte de la concurrencia. En esto hay acuerdo.

Una nueva clase de norma internacional realmente nace, una norma que se caracteriza por no serlo. Si algún precedente existe es el de algunas constituciones de Estados, no el de todas, o de las respectivas declaraciones de derechos. Luego comparecerá el caso ilustrativo de Francia. Si algo

procede por lo que se refiere al derecho internacional, es registrar la extrañeza. No dejemos de sorprendernos ante la consagración de tan peculiar criatura normativa entre Estados. De hecho, la Declaración como forma netamente distinta de instrumento internacional se ha acuñado sobre la marcha como medio de aparcarse la Convención de Derechos Humanos que, una vez que la primera se neutraliza, hubiera de complementarla.

La decisión del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas que en 1947 pone en marcha el proceso que conduce a la Declaración Universal a lo que hace referencia es a la realización de un *instrumento internacional de derechos humanos (international bill of rights)* junto a otros complementarios más particularizados, «declaraciones o convenciones», que versasen sobre libertades civiles, estatus de la mujer, libertad de información, protección de las minorías y proscripción de discriminación por raza, sexo, idioma o religión. Declaración podría ser una de las formas de desarrollo del *international bill of rights* de carácter general y no, según tal consenso, este mismo o su pieza normativa inicial. La denominación, entre un estatuto inglés de valor constitucional y las primeras enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de América, pues por *bill of rights* se tenía tanto lo uno como lo otro, implicaba un inequívoco valor normativo que finalmente no se le confirió a la Declaración Universal<sup>12</sup>.

En su breve discurso de broche presentando la Declaración como instrumento sin efecto práctico, el presidente H. V. Evatt sabe que cuenta con la anuencia de la Asamblea. Y sabe también perfectamente de lo que habla. El asunto no solo se ha discutido en los términos soviéticos de la soberanía nacional, que puede chocar con la propia idea de los derechos. El mismo Evatt ha tenido ocasión como representante de Australia de forjarse su convicción personal sobre el carácter presuntamente no normativo de la Declaración. Ocurre tres años antes, durante el momento previo de la discusión de la entidad y las facultades de la nueva organización internacional a consignarse en la Carta de Naciones Unidas. Evatt defiende la posición más cerrada de no injerencia en los asuntos domésticos de los Estados o entre ellos como, pone por ejemplo, el conflicto entre China y Australia por la política de inmigración de la segunda discriminando contra la población asiática y a favor de la europea.

Consideraba Evatt que en tales asuntos, las Naciones Unidas no habrían de intervenir a no ser que otra cosa claramente se acordase, de lo que no había visos. Así lo argumentó en la Conferencia de San Francisco que fundara las Naciones Unidas durante el segundo semestre de 1945,

12. J. Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights*, pp. 12-20, sin el énfasis en el valor normativo de la denominación inicial como *bill of rights*, billete o documento de acreditación de derechos.

reconduciendo significativamente la cuestión a la del tratamiento de las minorías como la que para el caso estaría formada por la inmigración china o en general asiática en Australia<sup>13</sup>. Si los miembros fundadores de la nueva organización internacional, argüía Evatt, quieren convertir la protección de las minorías en un asunto de competencia internacional y no ya de los Estados, deberían explícitamente establecerlo o habría de llegarse a un acuerdo en tal sentido que se pudiera ratificar como convención o tratado entre Estados.

Relacionese el artículo segundo, tanto con un párrafo como con dos, de la posterior Declaración Universal. Lo dicho por el representante australiano significa que su disposición de igualdad y no discriminación carecería de efecto práctico alguno por sí sola mientras Naciones Unidas no acuerden explícitamente otra cosa. En realidad, la Declaración no estaba prevista por la Carta y, cuando se la adopta tres años después, podrá venirse de esa forma a acomodársela en el escenario ya trazado por la misma en 1945. La posición australiana había sido sustancialmente adoptada. Así, el planteamiento había quedado reflejado como cuestión de principio en el primer pronunciamiento del párrafo séptimo del segundo artículo de la Carta de Naciones Unidas:

Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII.

La salvedad no hace referencia a la Declaración todavía ni siquiera prevista, sino a determinados supuestos de amenazas a la paz contemplados en la propia Carta. Mas algo hay que la alcanza. El propio origen de esa cláusula de respeto a la jurisdicción de los Estados se vincula estrechamente a la cuestión de los derechos. En la misma Conferencia de San Francisco en la que se acordó la Carta de Naciones Unidas, los Estados más potentes, como particularmente los Estados Unidos, Gran Bretaña y la Unión Soviética, se resisten en principio, frente a lo que suele luego pretenderse, incluso al compromiso de la mención de los derechos humanos en ella. Estados Unidos da con la fórmula: reconocimiento de los mismos con el imperativo incluso de la no discriminación por razón, entre otros motivos, de raza, más dicha exacta cláusula de no injerencia. Tampoco se oculta entonces que con esto se quieren poner a salvo políticas de inmigración de signo racista, la estadounidense tanto como la

13. A. W. B. Simpson, *Human Rights and the End of Empire: Britain and the Genesis of the European Convention* [2001], edición corregida, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 264-268.

australiana, o posiciones racistas sin más. Las políticas europeizadoras a todos los efectos fuera de Europa podían proseguir sin problemas por razón de derechos humanos<sup>14</sup>.

Compréndase entonces en dicho contexto, conforme en aquel momento viene a comprenderse, algo realmente no previsto por la Carta de Naciones Unidas como la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El preámbulo de la primera contiene una confesión de fe en los derechos humanos, un encabezamiento que no implica la previsión de una nueva forma de instrumento internacional para declarar derechos singularizada por su carácter no normativo. O más bien podría entenderse que en tal preámbulo se anuncia precisamente lo contrario, un compromiso con los derechos en términos de efectividad. Otras referencias de la Carta a los mismos, inclusive, ya, la cláusula de extensión, no despejan dudas, pues ninguna de ellas contiene ni realmente implica la previsión de la Declaración. Conviene reproducirse todos estos registros:

Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos [...] a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas [...].

*Artículo 1:* Los Propósitos de las Naciones Unidas son: [...] 3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

*Artículo 13:* 1. La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes: [...] b) fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario y ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

*Artículo 55:* Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: [...] c) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.

*Artículo 62.2:* El Consejo Económico y Social podrá hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, y la efectividad de tales derechos y libertades.

14. M. S. Rajan, «United States attitude toward domestic jurisdiction in the United Nations»: *International Organization*, 13-1 (1959), pp. 19-37, sobre la base de su *United Nations and Domestic Jurisdiction*, Nueva York, Longmans, 1958; C. Anderson, *Eyes off the Prize: The United Nations and the African American Struggle for Human Rights, 1944-1955*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 45-50.

*Artículo 68:* El Consejo Económico y Social establecerá comisiones de orden económico y social y para la promoción de los derechos humanos, así como las demás comisiones necesarias para el desempeño de sus funciones.

*Artículo 76:* Los objetivos básicos del régimen de administración fiduciaria, de acuerdo con los Propósitos de las Naciones Unidas enunciados en el Artículo 1 de esta Carta, serán: [...] *c)* promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, así como el reconocimiento de la interdependencia de los pueblos del mundo.

¿A qué viene todo el debate sobre la cláusula de extensión de los derechos humanos al elaborarse la Declaración Universal cuando el principio ya figura en la propia Carta de Naciones Unidas? Luego veremos. De momento bástenos la comprobación de la novedad de la Declaración como norma distinta de la Convención. Porque en la Carta haya mención de derechos humanos y además ya también en los términos aparentemente comprometidos de no discriminación ni por sexo, esto desde el mismo preámbulo, ni por raza ni por lengua ni por religión, no por ello hay previsión ni mandato de que se declaren. Porque haya incluso insinuación de universalidad de los derechos humanos, no por ello hay previsión de una Declaración Universal de Derechos Humanos. Respecto a la novedad del instrumento, también haré luego referencia a la prácticamente coetánea Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Declarados los Derechos Humanos en 1948 de forma distinta a la de una convención, no ocurre exactamente que la Declaración vaya a resultar por un tiempo vana en absoluto, sino que sus parámetros efectivos resultan entonces nacionales o, dicho mejor, estatales, esto con sus extensiones coloniales. Pese a sus pretensiones, su medida no es entonces de humanidad, sino de ciudadanía, además colonialmente restringida. Es de particularidad y no de universalidad. Es el escenario donde una posición como la australiana y otra como la soviética se asemejan, aunque no resulten idénticas ni mucho menos. Ninguna se produce en términos de universalidad ni de igualdad, pero la primera, al contrario que la segunda, puede ofrecer una cabida a los derechos, aun parcial y desigual, puesto que en ningún momento llega a subordinarlos constitutivamente y por entero a la soberanía del Estado.

### *3. Humanidad y colonialismo en la Declaración Universal*

¿Qué significa, en suma, *derechos humanos* para la Declaración Universal, para ella misma? No pregunto respecto a este u otro, individuo o Estado, de entre quienes contribuyeron a su elaboración. Tampoco me refiero a lo que hoy pueda significar la expresión en dicho mismo documento, sino

a lo que entonces, en 1948, representase. Suele decirse que *derechos humanos* es un sintagma que hace época porque significa un reconocimiento en pie de igualdad de todos y cada uno de los seres humanos, de todas y cada una de las personas, como titulares de capacidades y acreedoras de libertades por esa misma razón exclusiva y suficiente de ser humano y así, en cuanto que sujeto de derechos, persona. ¿Es esto aparentemente tan elemental lo que el sintagma significa en la Declaración Universal? Concretando el interrogante, ¿es eso, el compromiso categórico con tal concepto, lo que implica la cláusula de extensión colonial contenida, por iniciativa finalmente británica, en el párrafo segundo del artículo segundo?

Ni la Declaración Universal ni ninguna de las partes oficiales —Estado o persona— entre las que contribuyeron a su confección promueven o ni siquiera abrigan tal concepto de «derechos humanos». Ya ha podido apreciarse entre los Estados. Baste un botón de muestra entre las personas, entre los diversos candidatos existentes a madre o padre de la Declaración Universal. René Cassin, el jurista francés, fue galardonado en 1968 con el Premio Nobel de la Paz «por su contribución a la protección de la dignidad humana y los derechos humanos según se consagran por la Declaración Universal de los Derechos Humanos», enaltecíendosele como *architect* de la misma junto a Eleanor Roosevelt: «Eleanor Roosevelt presidió la Comisión de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de la que René Cassin fue vicepresidente, pero es Cassin quien trazó la Declaración»<sup>15</sup>.

Para lo que ahora nos interesa, un borrador, el que Cassin presentara en medio de la marcha de los trabajos, pues no en su arranque, puede ayudarnos a matizar las cosas. Su planteamiento responde a la tradición constitucional francesa de confiar los derechos a las leyes, ni siquiera más cautelosamente a la norma constitucional, dejándolos a disposición de un poder ordinario del Estado o, si se prefiere, al ejercicio cotidiano de su soberanía. En Francia, los *droits de l'homme* venían subordinándose a ley sin más desde la misma primera *Déclaration* de la *Révolution* en 1789<sup>16</sup>. Cabe, empero, que no sea esto lo más significativo de la propuesta de Cas-

15. [http://nobelprize.org/nobel\\_prizes/peace/laureates/1968](http://nobelprize.org/nobel_prizes/peace/laureates/1968) da entrada a motivación (*Presentation Speech*): «Eleanor Roosevelt presidió la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y Réne Cassin fue su vicepresidente, pero Cassin es quien preparó la Declaración».

16. Para tal tradición que no suele caracterizarse ciertamente de ese modo cuando se trata de *droits de l'homme*, B. Clavero, *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 111-124, 147-152, 176-180 y 223-226. Por su parte, en aras de la tradición patriota de la *Déclaration* de 1789, Réne Cassin se negó en redondo a adoptar la expresión *droits humains* en lugar de la equívoca, por excluir en origen a la mujer y al no ciudadano, *droits de l'homme*. Para ubicación, J. Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights*, pp. 5-12, 28-35 y 343; A. W. B. Simpson, *Human Rights and the End of Empire*, pp. 420-423.

sin. Obsérvese no solo dicho planteamiento de sujeción de derechos a poderes, sino también la elocuente tachadura del artículo referente a un derecho tan elemental como el que proscribía la esclavitud, en una revisión del propio Cassin en el proyecto que personalmente maneja:

*Artículo 12:* La esclavitud [tachado: y el trabajo forzado] queda prohibida por incompatible con la dignidad humana. La autoridad pública no podrá imponer servicios de trabajo personal sino en virtud de ley y en el interés común (traducción mía).

Solo la esclavitud estricta la considera Cassin incompatible con la dignidad humana (*la dignité humaine; the human worth*), pudiéndose mediante ley (*en vertu de la loi*) establecerse o mantenerse otras formas de trabajo forzado. *Loi* puede ser ley colonial e *intérêt commun*, el interés de la metrópolis en las colonias. Resulta, con todo, que no hay derecho humano tan categóricamente fundado en universalidad y legalidad como para impedir el condicionamiento y la modulación del derecho más elemental a la disposición de la propia persona. El trabajo forzoso de efectos análogos a la esclavitud en cuanto a la privación radical de derechos constituye un índice colonial de lo más característico. Tacharlo, entonces, llanamente significa seguir dando carta blanca al colonialismo y sus peores prácticas<sup>17</sup>.

El pronunciamiento definitivo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos va en la línea de la tachadura, pues, en su artículo cuarto referente a la esclavitud, no hace referencia explícita a la proscripción del trabajo forzado: «Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas». Aunque diera base para una interpretación extensiva de la Convención de la Liga de Naciones contra la esclavitud, de 1926, que fue seguida en 1930 por un Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre el trabajo forzado, en sí bastante permisivo, haría falta todavía un nuevo tratado específico que vendría en 1956, la Convención suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, junto a otro también nuevo y ciertamente más resuelto Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Abolición del Trabajo Forzoso en 1957<sup>18</sup>.

17. No he visto comentada o ni siquiera citada la tachadura del borrador de René Cassin. La conozco gracias a que Juan Antonio Carrillo tenía expuesta en su despacho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla una reproducción fotográfica del texto manuscrito del propio Cassin con la tachadura, es de suponer que también de su mano.

18. J. Allain, *The Slavery Conventions: The Travaux Préparatoires of the 1926 League of Nations Convention and the 1956 United Nations Convention*, La Haya, Martinus Nijhoff, 2008.

Por mucho que otra cosa se repita luego, la Declaración Universal no trae al orden internacional de los Derechos Humanos por sí sola ni siquiera un fundamento de libertad neta frente a prácticas esclavistas.

Que el trabajo forzoso afecta neurálgicamente a todo el conjunto de las libertades personales es algo evidente entonces como ahora. Era, en efecto, una práctica común en las colonias. Por cubrir mejor su práctica, Francia se había resistido incluso a dicha Convención de la Liga de Naciones contra la esclavitud, de 1926, como también al referido Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre el trabajo forzoso, de 1930, aunque al final los hubiese ratificado, en 1931 y 1937, respectivamente<sup>19</sup>. Pero no nos concierne aquí la trayectoria vacilante de Francia de cara a los derechos humanos, sino el síntoma de cómo la predicación de los mismos seguía por entonces, cuando se elaborara la Declaración Universal, sin implicar ni universalidad ni igualdad. El embarazo ante la propuesta yugoslava de la cláusula de inclusión colonial pone de manifiesto que la formulación de los derechos humanos para la Declaración Universal sobrentiende de por sí exclusiones, condicionamientos y modulaciones. Se hace, ciertamente, previsión de abolición de la esclavitud estricta, pero no en absoluto del colonialismo y prácticas aparejadas lesivas de derechos elementales.

La misma cláusula de inclusión colonial constituye el síntoma más bien de lo contrario, esto es, de la exclusión, del condicionamiento y la modulación en el texto definitivo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. También, si se prefiere, puede decirse síntoma de una inclusión aplazada y, con ello, sujetable a discreción y graduación. Para la concepción de los derechos de la Declaración Universal, tal es la significación práctica del párrafo segundo del artículo segundo. Al proscribirse la distinción, se distingue y así se discrimina e incluso se excluye.

Si la Declaración respondiera a una noción de los derechos en términos de universalidad e igualdad, no podría contener no solo cláusulas de exclusión, sino tampoco cláusulas de inclusión. El mantenimiento del colonialismo, con todo lo que notoriamente implica en cuanto a dificultad e incluso imposibilidad de derechos en las colonias, requiere la cláusula de aparente inclusión que, si no cancela universalidad e igualdad,

19. A. L. Conklin, «Colonialism and Human Rights, a Contradiction in Terms? The Case of France and West Africa, 1895-1914»: *The American Historical Review*, 103-2 (1998), pp. 425 y 438-440, en base a su *A Mission to Civilize: The Republican Idea of Empire in France and West Africa, 1895-1930*, Stanford, Stanford University Press, 1997, aunque al propósito y también para un mejor enfoque sería preferible ahora basarse en F. Cooper, *Decolonization and African Society: The Labor Question in French and British Africa*, Nueva York, Cambridge University Press, 1996, y L. Rodríguez-Piñero, *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: The International Labour Organisation Regime, 1919-1989*, Nueva York, Oxford University Press, 2005.

es porque estas tampoco se sobrentienden cuando no se hace con anterioridad previsión de cláusula ninguna. Aquellos Derechos Humanos de la Declaración Universal no se conciben definitivamente entonces como títulos ni como créditos de todos y de cada uno de los seres humanos sobre la base de participar en igual grado y con idéntica dignidad de una misma condición de humanidad<sup>20</sup>.

## II. LA CONCEPCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS POR UNOS TIEMPOS NO TAN INAUGURALES

La Declaración Universal de los Derechos Humanos ofrece hoy otra imagen por el desarrollo que ha tenido y el juego que ha logrado a partir especialmente de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales de 1960 y a través de los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 que entraron en vigor en 1976, cerca de tres décadas tras la Declaración Universal. En 1948 nada de esto existe ni la Declaración por sí lo requiere. El colonialismo para ella subsiste, con lo que la Convención de Derechos Humanos prevista por la votación del mismo día 10 de diciembre de aquel año no podría haber comenzado como comienzan en 1966, tras la Declaración descolonizadora de 1960, ambos *Covenants* o *Pactos* de Derechos Humanos, el de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el par de instrumentos en el que finalmente se divide dicha Convención así tan aplazada:

*Artículo 1:* 1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. 2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

En 1966, ambos *Covenants* o Pactos de Derechos Humanos que teóricamente desarrollan la Declaración Universal para traerla a la práctica

20. B. Ibhawoh, *Imperialism and Human Rights: Colonial Discourses of Rights and Liberties in African History*, Albany, State University of New York Press, 2007, pp. 156-158, con indicación sobre las limitaciones de partida de la Declaración Universal que siguen, ciertamente, sin tomarse en la consideración debida.

comparten otro pronunciamiento que, mirando a su base material, refuerza el derecho de libre determinación de *todos los pueblos (all peoples)*, incompatible, al menos en principio, con la continuidad del colonialismo<sup>21</sup>. Es el artículo 47 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y 25 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo del derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales.

Por lo que ahora nos concierne, despejemos de futuro el presente de la Declaración Universal. Presente está entonces su pasado, pero no su porvenir, un porvenir además no estrictamente prefigurado por la Declaración. Para captar lo que significara en su momento, los datos y las perspectivas de tiempo posterior resultan impertinentes, mientras que vienen a cuento, en cambio, los que la precedieran e influyeran. En el campo del derecho, y muy particularmente en el ámbito del derecho internacional, impera todavía la perspectiva histórica anacrónica que proyecta nuestro presente sobre nuestro pasado viendo con ello futuro donde no lo había para ayer o donde puede que no lo haya ni siquiera para hoy. Así, puede pretenderse que la Declaración Universal abriera por su virtud exclusiva todo un nuevo mundo que seguiría siendo el nuestro al cabo de varias décadas<sup>22</sup>.

Es una imagen que resulta, si se la observa, realmente empañada por causa del colonialismo, esto es, por el parágrafo segundo del artículo segundo que sigue en el texto de la Declaración Universal, pues, presumiéndose que los Pactos de 1966 y todo el resto de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos constituyen su desarrollo pacífico, la misma nunca se ha retocado. Es lo que acusa un bloqueo e impide un desenvolvimiento durante un buen tiempo. Ante todo es el síntoma de que no existe ni puede aplicarse por entonces una concepción de los derechos humanos de alcance universal bajo principio de igualdad entre todos los seres pertenecientes a la humanidad. Si no es definitiva-

21. Es asunto con entidad realmente propia que no solo interesa a Estados, sino también a pueblos no constituidos como tales, aunque solo sea lo primero lo que suela contemplarse (N. Schrijver, *Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997).

22. Como buena muestra, M. A. Glendon, *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, Nueva York, Random House, 2001. Sobre el compañero real del tándem irreal, M. Agi, *René Cassin, 1887-1976. Prix Nobel de la Paix. Père de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, París, Perrin, 1998. Respecto a quien realmente se debe el texto de base del debate que conduce en Naciones Unidas a la Declaración Universal, C. T. Curle, *Humanité: John Humphrey's Alternative Account of Human Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 2007.

mente esto, ¿qué se significa entonces en la Declaración Universal con la expresión de *derechos humanos*, de unos derechos así calificados y proclamados? Este es el punto que nos interesa ahora como paso previo a la consideración de lo que los derechos humanos podían significar en las colonias.

Lo primero que en este punto conviene es que nos atengamos a unas elementales reglas de gramática. En un sintagma compuesto de sustantivo y adjetivo, lo primario es lo primero, lo que identifica, y lo secundario es lo segundo, lo que califica. Adviértase que ante la expresión de *derechos humanos* suele operarse del modo contrario, primándose el adjetivo sobre el sustantivo. Lo definitorio sería la referencia a humanidad antes y más que el apelativo de derecho, cuando no incluso en exclusiva. Estaríamos entonces ante unos predicados de universalidad e igualdad porque nos referimos directamente a la *humanidad* toda y así a los seres humanos en cuanto tales, sin ninguna posibilidad entonces de distinciones. ¿Qué pinta en todo esto el sustantivo de *derecho*? ¿No pudiera ser el que estuviera fijando un alcance para el que comienza por haber distinciones, esto es, exclusiones, condicionamientos y modulaciones?

Vayamos por partes. Lo que *derecho* significaba en el sintagma *derechos humanos* es algo de peso y en lo que puede haber ya de por sí novedad, aunque no absoluta. Miremos el término en sí y no por su ocasional calificación como humano que ya sabemos secundaria y que, antes de mediados del siglo XX, tampoco tiene por qué significar lo que hoy se entiende. Y miremos el concepto que se encierra en la palabra, no la palabra misma. Mal también se hace al entenderse que, en el sintagma *derechos humanos*, el sustantivo *derecho* resulta tan transparente como el calificativo *humano*.

Si algo está claro en tiempos anteriores a la Declaración Universal desde que se habla de *declaración de derechos*, es que el término de referencia ya no se utiliza en un sentido más tradicional de orden establecido o de cometidos humanos conforme al mismo, sino que se refiere a capacidades de unos sujetos como principios del ordenamiento y no como dependencias suyas, unas capacidades humanas que, así reconocidas, hubieran de comprometer el sistema político y jurídico. La primera obra en la historia que articula dicha expresión con tal significación bien definida es de mediados del siglo XVIII y se titula modestamente *Commentaries on the Laws of England*, esto es, *Comentario sobre el Ordenamiento de Inglaterra*, traduciendo con el término anacrónico de «ordenamiento» para no cometer el error de trasponer *law* por «ley». Ahí comparece la idea de una *declaration of rights* inserta en el ordenamiento entrañando una serie de capacidades de sujetos que lo presiden y a las que en consecuencia el mismo sirve. Está en inglés, la lengua que desde hacía no más de un siglo había comenzado a distinguir *right* de *law*, derecho de orde-

namiento, el primero en el sentido de una batería de capacidades humanas a la que el segundo se debe<sup>23</sup>.

En virtud de su propio sentido de capacidades humanas a las que el orden social se debe, dichos *Commentaries* explican que tales *rights* son *absolute* o, como se diría luego, fundamentales, esto es, que están absueltos o por encima del ordenamiento. En ningún momento entiende que *right* como capacidad humana sea atributo de todos y cada uno de los seres humanos o ni siquiera de todos y todas cuantos se encuentran bajo el régimen de las *Laws of England*. Muy al contrario, el sujeto de los *absolute rights* resulta un tipo social al que se identifica, dirigiéndosele la obra, como el *gentleman*, el hombre gentil, la persona de género masculino que gozara de propiedad y autonomía en la sociedad inglesa europea. Incluso los ingleses de ultramar, los que emigran a colonias, no comparten dicho grado absoluto o absuelto de derecho porque se sigan rigiendo por el ordenamiento inglés. De cara a este, tampoco tienen *absolute rights* otras gentes. Los derechos pueden ser fundamentales en los términos más restrictivos tanto sociales y económicos como culturales y políticos. Y las capacidades humanas constitutivas de derechos fundamentales pueden incluir el poder de subordinar a seres humanos sin tal atributo de derecho en grado de absolutismo o estado de absolución<sup>24</sup>.

El lenguaje de los derechos tiene sus peculiaridades que a veces se les escapan incluso a los juristas. En los Estados Unidos de América, con la independencia, se reafirmarían los *rights* adoptándose en las propias formulaciones constitucionales unos referentes más bien universalistas, aun con sesgo sexista, para el sujeto de derechos —*the people, all men, each individual, every subject of the society...*— y beneficiario de garantías —*no person, no man, no subject...*— sin dejar por ello de sobrentenderse sustracciones. No quedan comprendidos ni el indígena, ni el afroamericano, esclavo o emancipado, ni, desde luego por entonces, la mujer<sup>25</sup>. Para la lectura no anacrónica ni ilusa de la Declaración Universal de los Derechos Humanos conviene no olvidar que en la universalidad del sujeto de los *rights* caben abstracciones sustractivas, cualesquiera que puedan ser, ciertamente más reducidas, en su caso concreto. No hace falta

23. W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* [1765-1769], Chicago, University of Chicago Press, 1979, reimpr. de la primera edición, con innúmeras reediciones y adaptaciones.

24. *Ibid.* Para la identificación del sujeto y para la concepción de una *declaration of rights* inserta en el derecho inglés y no necesariamente contenida en un concreto documento, secciones primera y tercera de la introducción; sobre la categoría de absolutos para los derechos entendidos en dicha Declaración, capítulo 1.º del libro I; para la subordinación de sectores de la propia sociedad, capítulos 14 y 15 del mismo libro I.

25. B. Clavero, *Freedom's Law and Indigenous Rights: From Europe's Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas*, Berkeley, The Robbins Collection, 2005, cap. I.

que sigamos todo un recorrido ni una evolución en inglés o en otras lenguas hasta llegar a 1948. Baste con constatar que ese de *right* puede ser la categoría que se contiene en la Declaración Universal en cuanto a la significación precisa del concepto, no, por supuesto, en lo que respecta a la identificación exacta del sujeto de los derechos.

*Derecho (right)* seguía significando una categoría capacitadora de determinados sujetos que podía retenerse o también participarse desigualmente entre los seres humanos estableciéndose y aplicándose con carácter previo al ordenamiento tanto propio como, de alcanzarse, ajeno. Advirtamos que en esto de su posición precedente a cualquier derecho dado radica su novedad relativa, novedad al cabo para la mayoría de la humanidad, inclusive en Europa. En realidad, *right*, el *right* de *human rights*, es un término intraducible a otras lenguas europeas; *derecho*, *droit*, *Recht*, *diritto*... rinden mal, equívocamente, el significado. *Right*, diferenciándose de *law* y anteponiéndosele, marca netamente un sentido y un alcance propios. *Law* ya se sabe que también se traduce en otras lenguas europeas por *derecho*, *droit*, *Recht*, *diritto*... Estrictamente, *right* no tiene traducción. No hay otro término que exactamente equivalga<sup>26</sup>. En las actas bilingües de la sesión nocturna del 10 de diciembre de la Asamblea General de Naciones Unidas, del juego doble de *human rights* y *droits de l'homme* saltan chispas y esto no solo porque el segundo sintagma, el de *derechos del hombre*, tuviera una superior connotación sexista. Si hoy se niega que así fuera, es porque no acaba de asumirse este género de equívocos siempre ventajosos para alguna clase de sujetos<sup>27</sup>.

Durante la primera mitad del siglo XX, por estas décadas previas a la Declaración Universal, se había desarrollado por algunas contadas latitudes un significativo movimiento en paralelo de ubicación constitucional, de una parte, del derecho internacional junto al derecho del Estado o incluso por delante del mismo y, de otra parte, de los derechos por encima de las leyes, de *rights* entonces como premisas del ordenamiento. Hubo alguna constitución que ya formuló el principio de no discriminación poniendo énfasis en la igualdad entre hombre y mujer<sup>28</sup>. Pero se tra-

26. B. Clavero, «'Derecho', el extraño caso de un palabro y de su doble»: *Despalabro. Ensayos de Humanidades*, 5 (2011), pp. 151-155.

27. Para ilustraciones flagrantes del caso usual de ceguera ante esa y otras connotaciones desde un inicio, M. Tropel, «The Concept of Citizenship in the Period of the French Revolution», en M. La Torre (ed.), *European Citizenship: An Institutional Challenge*, La Haya, Kluwer, 1998, pp. 27-50; H. Dippel, «Human Rights in America, 1776-1849: Rediscovering the States' Constitutions»: *Albany Law Review*, 67-3 (2004), pp. 713-761.

28. J. Corcuera, «La Constitución española de 1931 en la historia constitucional comparada»: *Fundamentos*, 2 (2000), *Modelos constitucionales en la historia comparada*, pp. 629-696. El principio de no discriminación se contiene en el artículo 25: «No podrán ser fundamento de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas ni las creencias religiosas. El Estado no reconoce distinciones y

taba tan solo de casos que, aparte de contados, habían quedado anegados por el auge de los fascismos, inclusive en España, y el desencadenamiento de la guerra mundial.

Había sido una tendencia constitucional de alcance bastante minoritario por Europa y por América. De que dicho giro del constitucionalismo no se había consumado o que ni siquiera había calado entre agentes políticos entonces cruciales por sus posiciones coloniales, ya hemos tenido la muestra bien elocuente del planteamiento de René Cassin para la Declaración Universal de *droits de l'homme*, pues no exactamente de *human rights* para su visión. El mismo concepto de *right* como capacidad humana independiente del ordenamiento establecido es, en efecto, una novedad para buena parte de la humanidad, inclusive Francia y la mayoría de los Estados responsables de la Declaración Universal. Que, como ya hemos constatado, esta novedad se neutralizase, es cuestión ulterior. Para la mayoría de entre quienes participan, el concepto en sí resulta nuevo aparte de que, si finalmente se lo respalda, sea porque quedara neutralizado sobre la marcha.

¿Qué añade el adjetivo *humano* si no es, como ya nos consta, la universalidad en igualdad para la humanidad entera? Hay, desde luego, quienes, durante el debate de la Declaración Universal y ante su versión definitiva, predicán los derechos humanos como si se tratase de atributos universales e iguales sin reparar en la presuposición de la exclusión colonial manifiesta incluso por una cláusula de inclusión, con lo que resultan de hecho todo menos universales e iguales<sup>29</sup>. Caben, sin embargo, otros sentidos que también se están presuponiendo y que igualmente representan una relativa novedad de cierto alcance para la mayor parte de la humanidad.

Derechos *humanos* son derechos que se legitimaban en exclusiva por la naturaleza humana de su sujeto, aunque este no sea entonces universal e igual. Representan capacidades cuya sustentación no se remite a requerimientos de la naturaleza compartida con otros animales ni tampoco a la providencia de alguna divinidad que hubiera creado o que estuviera animando la naturaleza entera, un universo integral con sus propias reglas tampoco nada privativas de la humanidad. Por lo demás, la necesidad perentoria de escindir el derecho de otras dimensiones culturales y naturales sobre bases de una universalidad en falso responde a las divisiones

títulos nobiliarios». En la edición hoy más a mano, la de *Constituciones hispanoamericanas* (<http://www.cervantesvirtual.com/portal/constituciones>; última visita para el presente trabajo en agosto de 2008), la última frase se ha suprimido, lo que resulta sospechoso porque en la formulación del principio de no discriminación de la Constitución española actual (art. 14), monárquica esta y republicana aquella, de la discriminación por nobleza se guarda silencio en cambio.

29. Puede verse lo poco convincente que resulta la pretensión contraria, referida no solo a John Humphrey, de C. T. Curle, *Humanité*, pp. 3-28.

sumamente conflictivas de una religión, la cristiana, que tampoco afecta a la parte de la humanidad que consigue mantener distancias respecto a Europa y sus problemas. El entendimiento de lo humano del derecho como lo sustentado en humanidad de forma, si no exclusiva, suficiente no se reconoce siempre por sus responsables como propio y característico de la Declaración Universal, pero es por entonces el que opera en ella. Concepciones de anclaje religioso de los derechos humanos pujan sin éxito durante los trabajos preparatorios. El debate no es concluyente, pero deja indicios<sup>30</sup>.

Por la carencia misma de un reconocimiento franco, no viene a afrontarse la vertiente problemática del aislamiento de los *derechos humanos* respecto a los requerimientos de todo el resto de la naturaleza incluso desde la perspectiva y para el beneficio de la propia humanidad. La pretensión de que la Declaración Universal contiene derechos que se predicen de los seres humanos por igual y universalmente, además de resultar incierta, cubre más de un rasgo inquietante suyo de nacimiento. Conviene que la historiografía los traiga a la vista, una historiografía que comience por mirar el pasado entonces existente y no un futuro entonces inexistente, aquel que hoy, desde luego, conocemos porque en él nos encontramos. La Declaración Universal, una criatura de sesenta años ha, lo ignora necesariamente.

### III. ¿PARTICIPACIÓN DE DERECHOS AL ENEMIGO COLONIAL?

Donde la concepción de los derechos humanos como capacidades humanas absueltas del ordenamiento en beneficio de determinados sujetos representa entonces una novedad inferior desde tiempo atrás es precisamente en el sistema jurídico de la mayor potencia colonial, el Reino Unido de la Gran Bretaña con su imperio pluricontinental. Desde pleno siglo XVIII se tiene ahí el concepto que ahora, a mediados del XX, se predica, bien que en falso, para toda la humanidad. No se da, desde luego, una línea de continuidad, entre otras razones, porque andan también por medio los Estados Unidos de América potenciando constitucionalmente y a su modo dicho mismo concepto con presunción vana de universalidad dentro de la propia ciudadanía, pero puede con todo afirmarse que, en el ámbito anglosajón, el concepto de derechos humanos

30. Para la invención del sujeto de derecho, Jean y John Comaroff, *Of Revelation and Revolution*, Chicago, University of Chicago Press, 1991-1997 (vol. III pendiente), vol. II, *The Dialectics of Modernity on a South African Frontier*, cap. 8; B. Clavero, *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Madrid, Trotta, 1997, cap. 1. Para su reflejo en el debate de la Declaración Universal, J. Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights*, pp. 284-302 y 313-320.

que se recoge en la Declaración Universal no constituye tanta novedad. Cuenta ya con una trayectoria de un par largo de siglos. Se tiene y mantiene en tiempos coloniales<sup>31</sup>.

El mismo interrogante que suscita la Declaración Universal sobre la participación de derechos al sujeto colonial ya puede haberse planteado con anterioridad en el ámbito del propio Imperio británico. Preguntémonos entonces cómo se adapta la noción de los derechos al expansionismo colonial de Gran Bretaña y qué juego puede desplegar. Tampoco hace falta que ahora sigamos todo un recorrido de los derechos por las anchas latitudes y largas longitudes de la expansión británica. Basta con que obtengamos elementos suficientes para hacernos una idea. Escuchemos las palabras de un discurso colonial, el de un gobernador celebrando en Lagos, futura Nigeria, el Día del Imperio de 1920: «Entre las naciones europeas, Gran Bretaña ha sido la primera en concebir y reconocer en términos de tratamiento equitativo los derechos de las poblaciones nativas del mundo no europeo. El poder [*might*] era suyo, de Gran Bretaña, y Gran Bretaña tenía la libertad de hacer como quisiera. Optó por emplearlo conforme a la vía del derecho [*right*], esto es, del único modo como el poder puede alcanzar justificación»<sup>32</sup>:

*Might*, el poder concretamente colonialista, se entiende obligado a *rights*, los derechos del sujeto colonizado, tan solo relativamente, a unos efectos de legitimación sin posibilidad de control judicial o de otro orden, por lo que un gobernador británico puede jactarse de que tales derechos se estuvieran participando. ¿De qué forma? De una forma equitativa (*equitable*), de un modo ponderado, conforme a equidad (*equity*), no entonces a derecho (*law*), caso en el que cabría en cambio un control de tal género, el judicial, sobre lo que no hay cuestión. Un juez colonial había dejado bien sentado con anterioridad que «no es el derecho lo que ha

31. A. W. B. Simpson, *Human Rights and the End of Empire*, cap. I, «Human Rights, Fundamental Freedoms, and the World of the Common Law», afronta esta cuestión del trayecto entre los *Commentaries* de Blackstone y la Declaración Universal subrayando cesuras quizás no tan relevantes.

32. H. Clifford, *Address to the School Children of Lagos on Empire Day, 24 May 1920*, Lagos, The Government Printer, 1920, p. 6 (Yale University Library, Nigerians Pamphlets on Microfilm, MF-929 Cooperative Africana Microform Project): *might* y *right* con énfasis de mayúsculas las palabras completas en el texto impreso. Para un caso español de aplicación del *principio de equidad* por encima de la ley en beneficio de la propiedad colonial esclavista, o más bien un supuesto de impugnación de que pudiera operarse conforme a derecho de otro modo, J. G. Alexander (ed.), *Informe sobre la esclavitud y comercio de esclavos. Informe del Dr. Madden [1841]*, Sevilla, Extramuros, 2008, p. 37 (también en <http://books.google.com>). Obtengo noticia de estos folletos, respectivamente, por B. Ibhawoh, «Imperialism and Human Rights», y «Second World War Propaganda, Imperial Idealism and Anti-Colonial Nationalism in British West Africa»: *Nordic Journal of African Studies*, 16-2 (2007), pp. 46 y 227; y por M. D. García Cantús, *Fernando Poo: Una aventura colonial española*, Barcelona, Ceiba, 2006, vol. I, p. 94.

de aplicarse en África, sino la equidad»<sup>33</sup>. El colonialismo entendido como forma de participación generosa de derechos (*rights*), sin sometimiento obligado a previsión de derecho (*law*), es la posición que llega hasta la misma descolonización, con elaboraciones de hora avanzada en la que no falta la contribución de signo socialista<sup>34</sup>.

*Rule of law*, el régimen más propio de derecho en garantía de los *rights*, se entiende que no procede en las colonias de modo alguno aun viniendo a predicarse que el objetivo colonial es la participación de los derechos mismos, sin necesidad esto, desde luego, de consentimiento por parte de los presuntos beneficiarios. Tampoco en consecuencia procede entonces, a lo largo de esos tiempos coloniales hasta la misma descolonización, el derecho internacional, inclusive el de la guerra, con lo cual cabe la beligerancia sin cuartel por estado que se entiende de necesidad<sup>35</sup>. Con todo, puede ser una forma ordinaria de hacer política en las colonias eso que luego ha venido en llamarse, cual si fuera una novedad ulterior, el derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht*) y que resulta más bien la exención de todo derecho estricto en el tratamiento del reputado unilateralmente como tal, como enemigo<sup>36</sup>.

33. B. Ibhawoh, *Imperialism and Human Rights*, p. 77, con la cita.

34. P. Sarathi Gupta, *Imperialism and the British Labour Movement, 1914-1964* [1975], Nueva Delhi, Sage, 2002; J. Flint, «Planned Decolonization and Its Failure in British Africa»: *African Affairs*, 328 (1983), pp. 389-411; K. O. Morgan, «Imperialism at Bay: British Labour and Decolonization», en R. D. King y R. Kilson (eds.), *The Statecraft of British Imperialism: Essays in Honour of Wm. Roger Louis*, Londres, Frank Cass, 1999 (= *The Journal of Imperial and Commonwealth History*, 27-2 [1999]), pp. 233-254; N. Hussein, *The Jurisprudence of Emergency: Colonialism and the Rule of Law*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2003; S. Esmeir, *Judicial Humanity: A Colonial History*, Stanford, Stanford University Press, 2012. Para el contexto del supremacismo cultural europeo, B. Mazlish, *Civilization and its Contents*, Stanford, Stanford University Press, 2004; R. Williams, Jr., *Savage Anxieties: The Invention of Western Civilization*, Nueva York, Palgrave MacMillan, 2012.

35. E. Colby, «How to Fight Savage Tribes»: *The American Journal of International Law*, 21-2 (1927), pp. 279-288, comentando a Quincy Wright, «The Bombardment of Damascus», en el mismo *Journal*, 20-2 (1926), pp. 263-280.

36. G. Jakobs, «Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht», y «Feindstrafrecht? Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit», ambos en *Online-Zeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung im Strafrecht und Rechtsprechungsdatenbank* (<http://www.hrr-strafrecht.de>), 3 (2004), y 8-9 (2006); L. Gracia Martín, «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'derecho penal del enemigo'»: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (<http://criminet.ugr.es/recpc>), 7 (2005); G. Losappio, «Para los amigos, todo; para los delincuentes, la ley; para los enemigos, nada». *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale*: *Derechopenalonline* (<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php>), comunicación al congreso Delitto politico e diritto penale del nemico. In memoria di Mario Sbriccoli de 2006 con edición de las sesiones en línea en audio y video (<http://www.jus.unitn.it/services/arc/2006/0310i/home.html>) y de las actas en volumen: A. Gamberini y R. Orlando (eds.), *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, Bolonia, Monduzzi, 2007.

Equidad, en este contexto que no remite a una jurisdicción o institución en concreto, lo que hace es establecer un canon no identificado en absoluto con el de igualdad, sino que admite, bien al contrario, todo género de graduaciones entre derechos y garantías, y toda especie de acepciones entre personas y grupos<sup>37</sup>. Y la equidad necesita del derecho más propiamente dicho, de un ordenamiento positivo, conforme lo determinaren jueces o legisladores coloniales encargándose de discernir y calificar, esto es, de discriminar y jerarquizar. El juego entre equidad y derecho permite las exclusiones, los condicionamientos y las modulaciones que pudieran convenir por las variables de la situación colonial, o más concretamente, por la actitud, ya amigable, ya hostil, de los sujetos de las colonias. El discurso no está entonces improvisándose, pues toma su par de motivos de sendas corrientes acendradas, el de la entidad moldeable y el de la comunicabilidad plausible de los derechos, lo uno de la tradición más añeja y extendida por Europa de la equidad en el ordenamiento, y lo otro de la tendencia más reciente y restringida de su carácter participable a las colonias fuera de Europa<sup>38</sup>.

Francia tenía bastante más fácil dicho planteamiento colonial de participación controlada de derechos, pues no manejaba noción de *droits de l'homme* absueltos de la ley. Con todas las variantes existentes, se produce, en efecto, una confluencia de parámetros de derechos entre ambos colonialismos. También en uno como en otro caso, *rights* y *droits* cobran una tonalidad distinta si son invocados no por los sujetos colonialistas, sino por los sujetos colonizados. Desde la perspectiva del colonialismo, los derechos están sujetos a exclusión, condicionamiento y modulación. Para la visión de quienes padecen el dominio colonial y se hacen con el manejo del lenguaje foráneo, los derechos se sitúan en una posición más de principio, negociable quizás entre ambas partes, la colonialista y la colonizada, pero no excluible, condicionable o moldeable por determinación unilateral de la potencia dominante<sup>39</sup>. Si por algún sector hay

37. La *equity* colonial no remite a su jurisdicción específica, la *Chancery* o la división consiguiente de la *High Court of Justice*, aun pudiéndose hacer la misma desde luego presente en las colonias respecto a la población colonizadora (D. M. Kerly, *An Historical Sketch of the Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery* [1986]), Buffalo, W. S. Hein, 1994). Véase para su juego, pues el medieval todavía a la larga interesa al colonial, el del caso británico inclusive, J. Vallejo, *Ruda Equidad, Ley Consumada. Concepción de la potestad normativa, 1250-1350*, Madrid, CEC, 1992.

38. U. Singh Mehta, *Liberalism and Empire: A Study in Nineteenth-Century British Liberal Thought*, Chicago, University of Chicago Press, 1999; J. Pitts, *A Turn to Empire: The Rise of Imperial Liberalism in Britain and France*, Princeton, Princeton University Press, 2005.

39. Viene a constatarlo G. Wilder, *The French Imperial Nation-State: Negritude and Colonial Humanism between the Two Wars*, Chicago, Chicago University Press, 2005, quien consecuentemente critica (pp. 6-7) el abordaje unilateral de la citada A. L. Conklin,

algún atisbo de la noción de los derechos humanos universales e iguales, es, desde luego, en el segundo, el colonizado. Pero no se olvide que es el sector en su mayor parte ausente en las Naciones Unidas que producen la Declaración Universal.

La corriente más reciente y restringida de legitimación colonial cuenta con un fuerte respaldo teórico dizque liberal, sedicentemente tal. El mismo concibe la participación de los derechos en unos términos de transformación de los sujetos no muy disímiles a los de la conversión religiosa, o más concretamente cristiana, lo cual requiere un periodo de catecumenado en el que los derechos pueden no solo dosificarse, sino también dejarse en suspenso por completo. Llegaba a teorizarse la conveniencia del trabajo forzoso como forma de conversión de los sujetos. La suspensión habría de alcanzar plenamente y de una forma además irreversible al derecho a la propia cultura, al propio modo de vida, a la propia comunidad política y a los propios recursos económicos. Mientras ese periodo no se atravesase a satisfacción, no hay derecho que valga en la vertiente ni política ni judicial. De los derechos siempre habría sido el sujeto colonial teóricamente acreedor, pero tan solo podría hacerse cargo de los mismos tras la conversión. No se trata de la suspensión de unos derechos colectivos para facilitarse el goce de unos derechos individuales, sino de la negación de derechos individuales para la imposición de una cultura, de una forma de vida e incluso de una comunidad y una economía políticas ajenas y con fuerte vocación de dominio.

Así se concibe y así se conforma el régimen colonial ordinario en cuanto a los derechos de los sujetos colonizados. Ordinario digo porque también cabe, una vez que puede disponerse en tal forma de los derechos por parte del poder colonial, una batería de mecanismos extraordinarios y no menos presentes en las colonias. Hay un régimen normal de sujetos coloniales sin derechos estrictamente dichos y una vuelta de tuerca de excepción, pero igualmente usual, de enemigos anticolonialistas sin garantías mínimamente operativas. Y no vaya a pensarse que se trata de situaciones y prácticas de hecho sin previsiones ni habilitaciones de derecho<sup>40</sup>.

*A Mission to Civilize.* Respecto a la imagen diversa que aún resiste en la historiografía francesa, D. Bruce Marshall, *The French Colonial Myth and Constitution-Making in the Fourth Republic*, New Haven, Yale University Press, 1973.

40. Para una exposición de los pormenores que siguen, primeros experimentos de bombardeo aéreo deliberado de población civil inclusive, respecto a un caso cual el británico tanto más significativo por cuanto que, aparte su alcance en sí mayor, suele tenerse como menos brutal que otros colonialismos (A. W. B. Simpson, *Human Rights and the End of Empire*, cap. II, «The Mechanisms of Repression», y B. Ibhawoh, *Imperialism and Human Rights*, cap. III, «Stronger than the Maxim Gun: Law, Rights, and Justice»). La depuración sistemática de archivos coloniales por parte británica en el momento de la descolonización ayuda a mantener tal imagen más agraciada (C. Elkins, *Imperial Reckoning: The Untold Story of Britain's Gulag in Kenya*, Nueva York, Henry Holt, 2005, pp. xi-xvi y 371-375).

Desde las metrópolis o en las colonias mismas suelen sucederse ordenanzas que generan un derecho penal propio, un derecho penal del potencial enemigo que entonces resulta cualquier individuo natural de las colonias. Y la práctica no solo alimenta, sino que también potencia este ordenamiento colonial. Bajo dicha cobertura normativa y sin figura de juicio, puede procederse a razias, registros, detenciones, internamientos masivos, flagelaciones y otros crueles castigos corporales con grilletes, cadenas, cepos y jaulas, mutilaciones, inclusive sexuales, incendios, apriisionamientos selectivos, deportaciones, desapariciones...<sup>41</sup>. Cabe hasta la primera práctica de bombardeo aéreo de población civil en la historia, impune, por supuesto. Esto incluso se entiende en términos jurídicos de carácter penal. Las ordenanzas hacen previsión de responsabilidad criminal colectiva, aplicable a actos como las deserciones u otros boicoteos del trabajo forzoso, sin posibilidad ninguna de garantía procesal de derecho individual. Derechos individuales no es precisamente lo que se propugna ni promueve. Las medidas más expeditivas al margen o incluso en contra de ordenanzas, si dan en algunos casos lugar a responsabilidad, esto es, ante las autoridades superiores en la colonia o en la metrópolis y no por legitimación procesal ni para satisfacción sustantiva de las personas afectadas. El poder colonial puede dispensar justicia, pero no se somete a la misma. Es el viejo derecho del enemigo, viejo aunque parezca nuevo<sup>42</sup>.

A lo que ahora esencialmente nos importa, tal puede ser la concepción originaria de la Declaración Universal de los Derechos Humanos sobre la entidad de estos derechos así calificados, unos derechos basados en la naturaleza humana y no en alguna cultura en particular de las existentes en el seno de la humanidad, pero que serían derechos dispensables por una de entre ellas y resultarían así derechos unilaterales, concesivos, dosificables, condicionados y susceptibles de ser suspendidos. Tal es

41. Sobre casos de brutalidad manifiesta, aunque tampoco siempre así reconocidos, que alcanzaran sus fases álgidas entre siglos, el XIX y el XX, con el resultado de muertes, en virtud de dichas prácticas, por encima de una docena de millones de personas y cuya revelación no bastara para ponerse en cuestión el colonialismo por parte del derecho internacional, ver A. Hochschild, *King Leopold's Ghost: A Story of Greed, Terror, and Heroism in Colonial Africa*, Nueva York, Houghton Mifflin, 1998, y G. Steinmetz, *The Devil's Handwriting: Precoloniality and the German Colonial State in Qingdao, Samoa, and Southwest Africa*, Chicago, University of Chicago Press, 2007, pp. 75-239.

42. Pienso en la invasión de Irak en 2003 por una fuerza multilateral encabezada por Estados Unidos y Gran Bretaña que puede localmente experimentarse como un regreso a tiempos del imperialismo británico y que ha dado pábulo a la idea de un derecho penal sin garantías, sin reglas siquiera del derecho de guerra, como tratamiento, por Estados, del enemigo que la propia ocupación produce. Como no domino el árabe, no sé cómo citar en esta nota el material más a propósito. Puede verse M. Begg, *Enemy Combatant: My Imprisonment at Guantanamo, Bagram and Kandahar*, Nueva York, New Press, 2007.

la concepción a la que responde la propuesta británica que constituiría el definitivo párrafo segundo del artículo segundo de la Declaración Universal, aquella propuesta que se interpone frente al fallido artículo tercero de iniciativa yugoslava y que sobre todo contrasta con los términos de la enmienda soviética.

Tras la Declaración Universal, durante los años inmediatos, resulta elocuente la continuidad de fondo de unas prácticas y unas concepciones coloniales, también de esto segundo, el derecho penal del enemigo colonial comprendido y todo incluso en el caso de comenzar a vislumbrarse y hasta prepararse la descolonización<sup>43</sup>. Ni siquiera en el ámbito del orden internacional que ahora preside Naciones Unidas se aprecia algún giro significativo por virtud de la Declaración Universal. La continuidad es la pauta<sup>44</sup>. La descolonización misma, de hecho, se precipita frente a las previsiones tanto de los Estados coloniales como de las propias Naciones Unidas. Esto mismo puede hacer que la conversión urja activando el derecho de excepción. No se trata necesariamente de hipocresía colectiva de la parte colonialista. No es de extrañar que la prevista Convención que, según se vota la misma noche de aquel 10 de diciembre, habría de servir para poner en práctica la Declaración Universal quedara bloqueada<sup>45</sup>.

Los *rights* de dispensación colonial son los mismos *human rights* contenidos originalmente en la Declaración Universal. En este sentido y no en otro, resulta expresión genuina de un derecho internacional consuetudinario, de uno procedente del siglo XIX, tampoco de antes. Otras lecturas caben, desde luego, pero no son las que originariamente se encierran

43. Para la muestra de un caso, W. O. Maloba, *Mau Mau and Kenya: An Analysis of a Peasant Revolt*, Bloomington, Indiana University Press, 1993; C. Elkins, *Imperial Reckoning: The Untold Story of Britain's Gulag in Kenya*; D. Anderson, *Histories of the Hanged: The Dirty War in Kenya and the End of Empire*, Nueva York, W. W. Norton, 2005, presentándose también como una *hidden history*. Puede resultar, en cambio, una *told story*, un caso de *exposed history* desde su propio momento, cuando el derecho penal del enemigo colonial donde se aplica es en geografía europea (A. W. B. Simpson, *Human Rights and the End of Empire*, caps. 18 y 19, respecto al caso también británico de Chipre). Como se dijera desde la *Colonial Office*, «tanto geográfica como políticamente, Chipre, es en primera línea, como un test de la sinceridad del Gobierno de su Majestad, declarado norma del desarrollo político en las colonias» (citado por R. Hyam, *Britain's Declining Empire: The Road to Decolonisation, 1918-1968*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 151), test representativo cuyos resultados desastrosos no dejan de reflejarse en esta exposición. Si Gernika-1937 pasa por ser el primer bombardeo aéreo deliberado de población civil, en su caso, por parte de la aviación nazi al servicio del ejército sublevado contra la república constitucional española, no es por otra razón que por tal cancelación de la historia colonial en la memoria europea y la cultura correspondiente.

44. L. Rodríguez-Piñero, «El Código Colonial: La Organización Internacional del Trabajo y los 'trabajadores indígenas'»: *Quaderni Fiorentini*, 33-34 (2004-2005), *L'Europa e gli 'Altri'*. *Il diritto coloniale fra Otto e Novecento*, pp. 259-317.

45. A. W. B. Simpson, *Human Rights and the End of Empire*, caps. 9 y 10.

en la Declaración Universal de los Derechos Humanos conforme las Naciones Unidas la adoptan y proclaman hace ahora sesenta años. Tras la misma, en su momento, puja enseguida en serio y con consecuencia, la concepción de los derechos humanos como derechos de todos los seres humanos y de cada uno de ellos y ellas en términos de igualdad, sencillamente, por referirse a una misma humanidad.

Viene tal concepción de parte colonizada y anticolonial, de aquella parte que no tiene en rigor representación en ningún momento del proceso de elaboración de la Declaración Universal, tampoco en la sesión de la Asamblea General de Naciones Unidas de la noche del 10 de diciembre de 1948 según el cómputo de días, meses y años de la versión más difundida del calendario de la era cristiana<sup>46</sup>. En pleno fuego cruzado de la Guerra Fría que llegara a degradar los derechos humanos a la condición de arma política, es la concepción que hace suya a mediados de los años cincuenta, enfrentándose al colonialismo, el Movimiento de los Países No Alineados, aun sin alcanzar en su agenda prioridad por encima de las políticas de Estados<sup>47</sup>.

#### IV. DIMENSIONES REGIONALES DEL CORTOCIRCUITO: EL LABORATORIO PANAMERICANO

Paralelamente al proceso de elaboración y aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se desarrolla en las mismas Naciones Unidas el que conduce a la adopción de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio en las mismas vísperas, el día 9 de diciembre de 1948. También interesa a derechos humanos, aunque no se motive expresamente en ellos. Viene a proteger penalmente la existencia de grupos con cultura o religión propias o distintivas; dicho de otra forma, los derechos de los mismos, de todos los «grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos», de pueblos o minorías que como tales ni siquiera comparecen en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Humanos resultan igualmente estos derechos no solo por sí mismos, sino también por cuanto que así, mediante esta Convención, se los

46. Sobre la procedencia anticolonial de la concepción no discriminatoria de los derechos humanos pujante de inmediato, aprovechándola, tras la Declaración Universal, B. Ibhawoh, *Imperialism and Human Rights*, cap. 7, «The Paradox of Rights Talk».

47. R. Wright, *The Color Curtain: A Report on the Bandung Conference* (con prólogo de Gunnar Myrdal, 1956, más epílogo de Amritjit Singh), Jackson, Banner, 1995; P. M. von Eschen, *Race Against Empire: Black Americans and Anticolonialism, 1937-1957*, Ithaca, Cornell University Press, 1997, pp. 167-173; K. Ampiah, *The Political and Moral Imperatives of the Bandung Conference: The Reactions of US, UK and Japan*, Dorset, Global Oriental, 2007.

considera y protege en el derecho internacional con todas sus presunciones de universalidad<sup>48</sup>.

En 1946, disponiendo la elaboración del instrumento, la propia Asamblea General de Naciones Unidas había definido el genocidio como una «denegación del derecho a la existencia de enteros grupos humanos», añadiendo una expresiva comparación: «igual que el homicidio es la denegación del derecho a la vida de los seres humanos individuales» tan inhumano así lo uno como lo otro, tan humano un derecho como el otro. Con todo, la Convención sobre el genocidio resulta potencialmente clave para la garantía de los derechos humanos del sujeto colonial, pues virtualmente penaliza políticas destructivas de sus culturas y expropiadoras de sus recursos, políticas «causando lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo» o sometiendo a este intencionalmente «a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial». No obstante, ocurre como con la Declaración Universal. Queda la Convención sobre el genocidio neutralizada e inoperativa, incluso durante más tiempo<sup>49</sup>.

En el debate paralelo sobre este otro instrumento no dejan de suscitarse cuestiones pertinentes al factor de raíz colonial que interpone un impedimento eficiente a la universalidad, respecto a la Convención no menos que a la Declaración. Nueva Zelanda y la Unión Sudafricana arguyen contra una definición del genocidio que alcanzase a las políticas de asimilación de «grupos primitivos y atrasados». Brasil abunda: «Hay minorías que lo aprovechan como excusa para oponerse a una asimilación perfectamente normal»<sup>50</sup>. Está haciéndose referencia a pueblos como el maorí en Aotearoa (Nueva Zelanda), al xitsonga en Sudáfrica o al guaraní en Brasil, por poner solo un ejemplo de cada caso. En unos y otros continentes pueden tenerse unas u otras políticas más o menos confesables, pero la de América se define abiertamente como si no fuese en absoluto problemática: se trataría de *minorías* indígenas destinadas a una asimilación *perfectamente normal*, como requisito para que puedan gozar de derechos, pues no cabe entonces, bajo dichos presupuestos, que se interpusieran problemas ante esas políticas de Estado entendidas como de integración en la ciudadanía.

48. Respecto a la Convención sobre el genocidio como instrumento virtual de defensa de las minorías, J. Rehman, *The Weaknesses in the International Protection of Minority Rights*, La Haya, Kluwer, 2000, cap. IV.

49. Respecto a todo ello, con ampliación de referencias y bibliografía también para el resto de los asuntos que aquí se tratan, B. Clavero, *Genocide or Ethnocide, 1933-2007: How to Make, Unmake and Remake Law with Words*, Milán, Giuffrè, 2008.

50. Las referencias también, pero con lectura diametralmente diversa, en W. A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, Nueva York, Cambridge University Press, 2000, pp. 183-185.

Mientras tanto, mientras no se culminase la asimilación, se trata así de grupos sujetos, sin garantías de derechos propios, a poderes que se pretenden civilizatorios, ya estatales, ya de otras agencias más o menos vicarias, como las de carácter religioso, o más concretamente, cristiano. Era un planteamiento común al ámbito latinoamericano desde la misma erección de los respectivos Estados sin consentimiento de los pueblos indígenas que podían haber sido por entonces, cuando las respectivas independencias respecto a Europa, mayoritarios. En el ámbito angloamericano también se retiene y aplica dicha reserva de poder sobre los pueblos indígenas<sup>51</sup>.

Aquí podría repetirse cuanto hemos visto respecto a la suspensión de derechos y la privación de garantías que se produce con el colonialismo, pues la situación no es en el fondo distinta. El mismo derecho penal del enemigo potencial, con todas las consecuencias de un estado de excepción virtualmente permanente, se da por igual. La única diferencia importante es la de que un caso, el del colonialismo europeo en África y Asia, el asunto se reputa internacional, mientras que en otro, el de los Estados en América o también por Oceanía, el asunto se considera interno y, por tanto, entonces plenamente cubierto por la cláusula de respeto de la jurisdicción doméstica de la Carta de Naciones Unidas. A Naciones Unidas, así, concerniría la cuestión colonial y no, en cambio, la indígena, aunque constituyeran sustantivamente un mismo asunto.

En lo que respecta a los derechos humanos, a estos derechos proclamados por la Declaración Universal, los pueblos indígenas, aquellas llamadas *minorías*, ni siquiera se comprenderían en el parágrafo segundo del artículo segundo, en aquella cláusula de inclusión que denota exclusión. Como tales pueblos o minorías, como grupos humanos, estarían excluidos de raíz. Como ya sabemos, la Carta de Naciones Unidas hace referencia en su artículo primero a un «principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos», que no se contempla a continuación para nada en la Declaración Universal. Los pueblos indígenas que se encuentran en el interior de las fronteras de Estados no son tomados en consideración ni siquiera cuando se produce esa mención de momento inoperante. Su exclusión de los derechos humanos es la más radical. No son ni siquiera visibles para la Declaración, aunque el debate paralelo sobre el genocidio los hubiera traído a la vista. Y en este lo que se ha producido es una exclusión deliberada<sup>52</sup>.

51. D. E. Wilkins y V. Deloria, Jr., *Tribes, Treaties, and Constitutional Tribulations*, Austin, University of Texas Press, 1999; B. Clavero, *Geografía jurídica de América Latina. Pueblos indígenas entre Constituciones mestizas*, México, Siglo XXI, 2008.

52. J. Morsink, «Cultural Genocide, the Universal Declaration, and Minority Rights»: *Human Rights Quarterly*, 21-4 (1999), pp. 1009-1060.

El debate sobre los derechos humanos resulta más franco en 1945, con ocasión de la Conferencia de San Francisco, que en 1948, en el proceso de elaboración de la Declaración Universal, durante el cual los Estados se muestran menos abiertos a propuestas que no se produzcan entre ellos en el seno de Naciones Unidas aun habiendo de entrada aprovechado proyectos de otra procedencia<sup>53</sup>. Hay alguna representación de pueblos indígenas de América reclamando el derecho de libre determinación, lo que provoca la reacción más despectiva y tajante por parte de los Estados Unidos<sup>54</sup>.

Se dio una más perseverante actuación de organizaciones afroamericanas y muy en particular de la Asociación para el Progreso de la Gente de Color estadounidense, defendiendo una concepción universal de los derechos humanos en pie de igualdad, la concepción que no se adoptara ni en la Carta de Naciones Unidas ni en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Durante aquellos años, la Asociación para el Progreso de la Gente de Color opta resueltamente por la agenda de los derechos humanos como alternativa neta al programa, que más tarde privilegia, de los derechos tan solo civiles, los *civil rights*, esto es, los constitucionales internos y además prácticamente limitados, en el caso de los Estados Unidos, al ámbito político, inclusive el judicial, sin comprender derechos económicos, sociales ni culturales<sup>55</sup>. El propio giro que acaba alejando del panafricanismo como forma de universalismo también luego se produce, de otro modo y bajo muy diversas circunstancias, en la contraparte africana<sup>56</sup>. En todo caso, es momento el panafricano en el que conviene reparar.

A las alturas de 1945, la Asociación para el Progreso de la Gente de Color defiende su planteamiento sobre los derechos humanos ante la re-

53. J. Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights*, pp. 5-12 ya citadas.

54. D. Sanders, «Aboriginal Rights: The Search for Recognition in International Law», en M. Boldt y J. A. Long (eds.), *The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, p. 300. Para la reacción estadounidense, C. Anderson, *Eyes off the Prize*, p. 41.

55. He ahí el punto clave del estudio de C. Anderson, *Eyes off the Prize*, cuyo mismo título se enuncia por oposición crítica al de J. Williams, *Eyes on the Prize: America's Civil Rights Years, 1954-1965*, Nueva York, Viking, 1987, volumen adicional a una serie de televisión, comercializada también en videos, sobre la lucha por los derechos civiles como si no hubiera cabido otra opción; añádase C. Carson y otros (eds.), *The Eyes on the Prize Civil Rights Reader: Documents, speeches, and Firsthand Accounts from the Black Freedom Struggle* [1987], Nueva York, Penguin, 1991, pp. 727-728 sobre el conjunto del proyecto. *Keep your Eyes on the Prize* es una canción tradicional afroamericana, *Gospel Plow* o *Hold on*, según versión de Alice Wine en 1956 como arma de paz en la lucha por los derechos civiles («... Pues la única cosa que hicimos bien / Fue el día en que empezamos a luchar. / Fija tus ojos en el premio, / Aguanta, aguanta»); para registro de interpretaciones, [http://bruce.orel.ws/seegersessions/songs/eyes\\_on\\_the\\_prize.html](http://bruce.orel.ws/seegersessions/songs/eyes_on_the_prize.html).

56. Ph. S. Zachernuk, *Colonial Subjects: An African Intelligentsia and Atlantic Ideas*, Charlottesville, University Press of Virginia, 2000, pp. 156-164.

presentación de Estados Unidos en la Conferencia de San Francisco en términos panafricanistas sobre la base de las relaciones que ya se venían cultivando desde Afroamérica con África, con el África sometida al colonialismo<sup>57</sup>. Se relaciona también con quienes sufren de forma menos abierta el dominio colonial, como fuera el caso de Sudáfrica, el más parecido al americano a lo ancho y largo del continente africano<sup>58</sup>. La Asociación presenta en San Francisco una propuesta contra el régimen racista de Sudáfrica que los Estados Unidos se encargan de bloquear. La Unión Sudafricana no tuvo que dar en esta ocasión la cara. Y todo esto lo emprende la Asociación no solo por solidaridad, sino también por entender que las condiciones adversas para el acceso a los derechos, a todos los derechos, es análoga: al «Negro in America» se le reserva «poco más que la condición colonial en una democracia» como la estadounidense, de forma así similar al caso de Sudáfrica<sup>59</sup>.

Por medios no muy distintos al del derecho penal del enemigo potencial, con medidas tan idiosincráticas y efectivas como los linchamientos disuasorios en serie, impunes, por supuesto, dada la connivencia de las autoridades no solo locales, se fuerza el extrañamiento afroamericano del sistema político y judicial<sup>60</sup>. Mediante el testimonio, la información y la comparación, el panafricanismo de entonces se basa, por una parte, en unas condiciones entendidas como comunes no solo por el origen africano que se comparte y, por otra, la que más aquí nos interesa, en la ca-

57. B. G. Plummer, *Rising Wind: Black Americans and U.S. Foreign Affairs, 1935-1960*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1996; P. M. von Eschen, *Race Against Empire*; J. H. Meriwether, *Proudly We Can Be Africans: Black Americans and Africa, 1935-1961*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2002; B. G. Plummer (ed.), *Window on Freedom: Race, Civil Rights, and Foreign Affairs, 1945-1988*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2003.

58. Véase la especie de trilogía de G. M. Fredrickson, *White Supremacy: A Comparative Study in American and South African History*, Nueva York, Oxford University Press, 1981; *Black Liberation: A Comparative History of Black Ideologies in the United States and South Africa*, Nueva York, Oxford University Press, 1995; *The Comparative Imagination: On the History of Racism, Nationalism, and Social Movements*, Berkeley, University of California Press, 2000; M. L. Dudziak, *Cold War Civil Rights: Race and the Image of American Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2000; Th. Borstelmann, *The Cold War and the Color Line: American Race Relations in the Global Era*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.

59. C. Anderson, *Eyes off the Prize*, para todo ello; p. 57, la cita; pp. 3 y 27-33, denuncia sobre Sudáfrica; para más detalles, P. M. von Eschen, *Race Against Empire*, pp. 61-68 y 78-95; J. H. Meriwether, *Proudly We Can Be Africans*, pp. 93-123. Sobre el papel de Estados Unidos, T. Borstelmann, *Apartheid's Reluctant Uncle: The United States and Southern Africa in the Early Cold War*, Nueva York, Oxford University Press, 1993.

60. J. M. Packard, *American Nightmare: The History of Jim Crow*, Nueva York, St. Martin's Press, 2002; R. Wormser, *The Rise and Fall of Jim Crow*, Nueva York, St. Martin's Press, 2003; Philip Dray, *At the Hands of Persons Unknown: The Lynching of Black America*, Nueva York, Random House, 2003.

tegórica concepción de los derechos humanos como derechos universales en pie de igualdad. Es el horizonte que lleva a plantear la discriminación afroamericana en los Estados Unidos como un problema, no de derechos civiles particulares, sino de derechos humanos generales; derechos no confinados por fronteras, sino compartidos a escala pluricontinental<sup>61</sup>.

Es un contexto en el que puede sopesarse mejor todo cuanto implica la opción de los Estados de Naciones Unidas por unos derechos humanos tan lastrados, unos derechos humanos sin derechos de pueblos ni de minorías y con una cláusula de inclusión colonial que acusa una exclusión más que colonial. Entre San Francisco y París se aprecia también mejor el efecto de la reducción más categórica de los agentes de la Declaración Universal. La misma cláusula de inclusión colonial resulta una forma de exclusión también porque acusa la perspectiva desde la que se formula finalmente la Declaración, no la del sujeto colonial ni tampoco una en común, sino la del agente colonialista. Es este segundo el que se permite incluir a aquel primero, mientras que este lo que reclama son derechos humanos en igualdad. Hay algo más afectando a la autoridad y el sentido de la Declaración Universal que la deficiencia de representación por ausencia de la humanidad colonizada en la Asamblea general y en las instancias entonces todas de Naciones Unidas.

*Artículo 2:* Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

He aquí el *right of equality before law*, que más equívocamente se formula en castellano como *derecho de igualdad ante la ley*, según se presenta por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de la Organización de Estados Americanos que se anticipa por unos ocho meses, siempre en 1948, a la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En el panorama de las Américas no puede decirse que por entonces, solo me refero a entonces, se añada así nada a cuanto estamos

61. Tras San Francisco, la NAACP (National Association for the Advancement of Colored People, Asociación Nacional para el Progreso de la Gente de Color) todavía no cesa: *Appeal to the World: A Statement on the Denial of Human Rights to Minorities in the Case of Citizens of Negro Descent in the United States of America and an Appeal to the United Nations for Redress*, Nueva York, National Association for the Advancement of Colored People, 1947. Se cedería pronto ante la presión de la delegación estadounidense con Eleanor Roosevelt contribuyendo en primera línea al placaje (C. Anderson, *Eyes off the Prize*, pp. 106-112 y 146-149). Otra organización mayoritariamente afroamericana, el Civil Rights Congress, interpone en 1951 ante Naciones Unidas otra documentada alegación interesante igualmente a derechos humanos (*We Charge Genocide: The Historic Petition to the United Nations for Relief for a Crime of the United States Government against the Negro People*, Nueva York, International Publishers, 1970).

viendo sobre el derecho internacional de los derechos humanos<sup>62</sup>. Respecto a un equívoco que realmente opera por la América Latina, el de poder entenderse que el canon de los *derechos humanos* queda en manos de la determinación política de las *leyes*, sería mejor traducción, aunque parezca un retruécano, la de *derecho de igualdad ante el derecho*. No solo por América, ya sabemos que es *right* el término que no tiene traducción.

#### V. DESARROLLO INMEDIATO DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL

Estados representantes de una facción de la humanidad y en posiciones realmente facciosas son los autores de la Declaración Universal. Son los remitentes y también los destinatarios, unos destinatarios por entonces exclusivos desde que se neutraliza el propio valor de este instrumento a escala internacional. Lo propio ocurre con la Convención de Derechos Humanos que, según la votación de la misma noche del 10 de diciembre, habría de seguir a la Declaración introduciendo mecanismos de supervisión y puesta en práctica. La Convención fue de momento bloqueada por igual.

Los Estados Unidos proponen una especie de cláusula constitucional para la Convención. Conforme a la misma, los Estados que la ratificasen no tendrían la obligación de ponerla en práctica si su sistema constitucional interno no se lo permitiese o si solo habrían contraído esa responsabilidad en la medida en la que el mismo se lo consintiese. En su caso, la Unión federal, la de los Estados Unidos de América, no asumiría por la ratificación de la Convención el compromiso internacional de hacer que los Estados federados se atuvieran a los derechos humanos, con lo que el segundo instrumento, un instrumento precisamente destinado a la puesta en práctica, quedaría igualmente neutralizado. El efecto de esta cláusula federal sería análogo al de la cláusula de exclusión colonial. Los estados de régimen racista de los Estados Unidos hubieran quedado excusados del compromiso con los derechos humanos<sup>63</sup>. Quien pasa también, junto a René Cassin, por progenitora de los derechos humanos, Eleanor Roo-

62. Para apreciarse por qué insisto en que solo a entonces me refiero, puede verse el volumen monográfico, dedicado al giro jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre derecho comunitario indígena en 2001, de *The Arizona Journal of International and Comparative Law*, 19-1 (2002) (en línea: <http://www.law.arizona.edu/journals/ajicl/AJICL2002/vol191.htm>).

63. Aparte de que se lo utilizase como coartada, el problema existe (A. Wolman, «The relationship between national and sub-national human rights institutions in federal states»: *The International Journal of Human Rights*, 17 [2013], edición anticipada en línea). Se aprecia peor el problema en Estados con una especie de federalismo poco sustantivo o con sustantividad prácticamente ninguna en el campo judicial y cuya misma multiplicación eventual de instituciones de derechos humanos, como sea el caso de las oficinas del Defensor del Pueblo central y regionales en España, puede crear una apariencia engañosa.

sevelt, participa plenamente en esta operación neutralizadora. No encontrando eco una propuesta tan descarada que duplicaría claramente instrumentos ineficaces, los mismos Estados Unidos optan por la política más fácil del simple bloqueo de la Convención, en lo que no se encuentran, desde luego, solos<sup>64</sup>.

Se produce en verdad alguna apariencia de que la Declaración opera en los años inmediatos a escala internacional. Veamos la muestra más significativa, pues se trata de una convención de derechos humanos, aunque no de la Convención de Derechos Humanos. A los cuatro años de la Declaración Universal, a finales de 1952, la Asamblea General de Naciones Unidas adopta la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer. «[D]e acuerdo con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos» la mujer habrá de gozar de tales derechos «en términos de igualdad con los hombres, sin discriminación alguna». No hay cláusula alguna, ni inclusiva ni exclusiva, ni colonial ni constitucional. El principio se predica como universal<sup>65</sup>. ¿Cómo puede ser esto si tal regla internacional, colonialismo mediante, ni siquiera existe para los hombres entre sí?

Precisamente. El canon de igualdad se define con respecto a los derechos que tenga o de los que carezca el hombre en el propio medio, el colonial en su caso. La Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer solo cobra sentido y resulta verosímil con la cláusula colonial de exclusión o dosificación entendida. Por esto se trata de un instrumento de Estados que se maneja entre Estados. No hay previsión ninguna de que sea la mujer quien tenga capacidad de activar los derechos del caso. Ni existe obligación de que los Estados hayan de rendir cuentas a Naciones Unidas sobre el cumplimiento de esta Convención. De haber desentendimiento entre ellos respecto a la misma, lo que expresamente se prevé es la negociación política y, en último término, el sometimiento del contencioso a la Corte Internacional de Justicia, una jurisdicción entre Estados sin acceso para los individuos, ni mujeres ni hombres. A efectos prácticos, por ejemplo, en los años cincuenta se ponen en marcha políticas internacionales de control del desarrollo demográfico con completa

64. C. Anderson, *Eyes off the Prize*, pp. 132-137, 200-201 y 227-230.

65. <http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/22.htm> es la página de esta Convención en el antiguo sitio del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH); para la edición original, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/343/80/IMG/NR034380.pdf?OpenElement>. Superada procedimental y sustantivamente de modo ya definitivo por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), no figura en el sitio más actualizado: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/index.htm>. A la fecha de finales de 2011 (última visita, finales de 2012), la colección en línea más completa de *Convenciones, declaraciones y otros instrumentos* normativos aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas es la que enlaza con dicha edición original: <http://www.un.org/Depts/dhl/spanish/resguids/resinssp.htm>.

indiferencia y recurrente atropello para con los derechos tanto del hombre como de la mujer, esta la principal afectada, desde luego<sup>66</sup>.

Según la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, sus derechos pueden negociarse políticamente y la misma no cuenta con legitimación para defender los que se le reconocen en el orden internacional o, con sus respectivos aditamentos, en el constitucional de los Estados<sup>67</sup>. Tampoco, por referirme a lo más cercano para Naciones Unidas, ninguna delegación de Estado en las mismas es puesta en cuestión tras aquella Convención porque represente a un gobierno en cuya elección no haya la mujer tenido la menor participación. Pues se relaciona con la Declaración Universal, este instrumento de lo que deja entonces constancia es de una común inoperatividad. Dicho mejor, testimonia hasta qué punto los derechos humanos se ponen en manos de los Estados. La exclusión colonial de entrada, esta cláusula tan poco estética, resulta entonces superflua. De una forma o de otra, por Declaración o por Convención, los derechos humanos teóricamente situados por encima de los Estados quedan entonces a la hora de la verdad en sus manos.

Los Estados son en un principio los destinatarios netos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Entonces, durante aquella primera fase, la responsabilidad de hacerla valer queda por entero en manos de los Estados. No olvidemos, para evaluar todo esto, la novedad del instrumento. A mediados del siglo xx, una convención se sabe sobradamente lo que es y cómo opera. Una Declaración con mayúscula es, en cambio, algo inédito. Naciones Unidas adoptan la primera, la de Derechos Humanos, sin determinar su valor ni contemplar forma alguna de hacerla operar de momento, quedando esto pendiente para una convención que resulta aplazada sin término. ¿De qué sirve la Declaración Universal mientras tanto?

Dados planteamiento y contexto, la respuesta que debiera producirse corresponde por completo a los Estados. Tienen estos ante sí posibilidades aparte de la frustrada puesta en práctica mediante el acuerdo de mecanismos internacionales. Lo primero que entonces conviene subrayar es

66. M. Connelly, *Fatal Misconception: The Struggle to Control World Population*, Cambridge, Harvard University Press, 2008. Adoptando en un principio tales políticas sin consideración alguna de derechos de las personas presuntamente beneficiadas, se establecen en 1961 la USAID (United States Agency for International Development) y en 1969 el UNFPA (United Nations Fund for Population Activities, hoy United Nations Population Fund, el Fondo de Población de las Naciones Unidas).

67. R. Coomaraswamy, «To Bellow like a Cow: Women, Ethnicity, and the Discourse of Rights», en R. J. Cook (ed.), *Human Rights of Women: National and International Perspectives*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 1994, pp. 39-57; G. Alfredsson y K. Tomaševski (eds.), *A Thematic Guide to Documents of the Human Rights of Women*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1995; L. Walter (ed.), *Women's Rights: A Global View*, Westport, Greenwood, 2001.

la evidencia de que la Declaración Universal de Derechos Humanos no fue incorporada tal cual a su ordenamiento propio por parte de ningún Estado, fuera directamente o fuera por inserción como capítulo básico de derechos en la propia Constitución. Naciones Unidas tampoco pone ningún empeño en estas otras posibilidades. La Declaración Universal de los Derechos Humanos queda toda ella en un vacío, toda ella menos precisamente la exclusión colonial presupuesta por su cláusula de inclusión. Lo que vale durante un tiempo de la Declaración resulta que es la continuidad del colonialismo. Y lo que los Estados por separado decidieran.

La pauta entre los Estados es un vacío al instrumento de nuevo tipo cuya evidencia nos está diciendo algo. No lo hay en aquel momento capaz de hacerse cargo de la Declaración Universal con su cláusula de inclusión que suponía una exclusión de partida bien real. Ya sea por mantener dominios coloniales, ya sea por contener pueblos indígenas, unido esto a la falta de determinación por reconocer derechos en pie de igualdad con sus consecuencias necesariamente descolonizadoras, la incorporación del instrumento no resulta factible. En la medida en que no se cuenta con el consentimiento libre de los pueblos coloniales o indígenas y no se afronta el acomodamiento constituyente que garantice los respectivos derechos, unos derechos humanos sencillamente no caben. En estas circunstancias, los Estados asumen poderes coloniales, hacia el exterior o hacia el interior, incluso cuando ejercen sus facultades ordinarias y, más aún, cuando ponen en práctica su poder constituyente como poder también de Estado. Y unos poderes no se utilizan contra sí mismos.

En tales circunstancias, ¿cómo pueden incorporarse los derechos humanos? ¿Para qué se ha adoptado la Declaración Universal con tanta diligencia al cabo? Me refiero a efectos prácticos más tangibles que los de propaganda a favor de la nueva organización internacional, las flamantes Naciones Unidas, que la Declaración Universal de los Derechos Humanos comparte entonces indudablemente con la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, ambas por igual inoperantes de nacimiento y durante buen tiempo, mayor todavía en el caso de la segunda, a escala tanto internacional como estatal. Naciones Unidas estaba abocada al fracaso de no apadrinar derechos humanos. La cuestión es entonces cómo lo hace y a qué efecto. Así es realmente como comienza en 1948 a hacerlo, solo apadrinando, lo cual también significa apropiándose, controlando e incluso estorbando y bloqueando.

## VI. ILUSTRACIÓN DE DESENVOLVIMIENTOS CONSTITUCIONALES

Para algo sirve la Declaración, en todo caso, durante una primera larga década de superior inoperancia internacional. Para considerarlo debidamen-

te, lo que correspondería es que procediésemos del mismo modo como hemos hecho para unos antecedentes de la categoría de *rights* y esto es mirando no tanto o no necesariamente a comparencias, a menudo, con todo, vanas, del sintagma *derechos humanos*, sino a registros de los derechos sin más o de los derechos constitucionales que habrían más sensiblemente de responder a los derechos humanos en los ordenamientos nacionales. El panorama no resulta más alentador. La forma de conducirse los Estados en Naciones Unidas no deja de tener su reflejo interno en el orden constitucional propio<sup>68</sup>.

Procuremos una ilustración. A falta de investigaciones más sistemáticas que se centren en estos primeros tiempos, pues no las hay ni más ni, por lo que alcanzo, ajenas, vamos a contemplar un trío de casos de constituciones que pueden decirse poscoloniales tras la Declaración Universal. Voy a realizar el escrutinio por vía de ejemplos que puedan resultar ilustrativos, uno de América, otro de África y un tercero de Asia. Interesa la variedad del muestrario. No son ni pueden ser casos representativos a escala continental<sup>69</sup>. Significativo será que aparezca alguna constante, como, por ejemplo, la presencia de pueblos que precisan de un planteamiento de los derechos humanos distinto, aunque solo fuera por más complejo, que el propio de la Declaración Universal<sup>70</sup>.

### 1. *Derechos humanos en la Constitución de Guatemala*

Guatemala renueva su Constitución en 1956. Ha tenido otra reciente, de 1945, respondiendo la sucesión a cambios de fondo en el registro de

68. Para una visión más optimista desde la perspectiva de fecha más tardía, H. Hannum, «The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law»: *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 25-2 (1995), pp. 287-397, procedente de su contribución a un congreso de la International Law Association como *Final Report* de su Committee on Enforcement of Human Rights (J. Crawford y M. Williams [eds.], *Report of the Sixty-Sixth Conference, held at Buenos Aires, Argentina, 14 to 20 August 1994*, Buenos Aires, International Law Association, 1994, edición en CD-ROM, HeinOnline, 2006). Para un escrutinio sistemático de efectividad, derecho por derecho, N. Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

69. En todo caso no se piense que la muestra sea por completo aleatoria. A los efectos que interesan, el caso de Guatemala puede ser bastante típico respecto a buena parte de Latinoamérica; Nigeria y Malasia son casos representativos de la descolonización de mano británica (R. Hyam, *Britains's Declining Empire*, pp. 144-147, 154-160, 166, 198-202 y 266-275).

70. Aun con criterio generoso de selección documental, creo que también se queda corto, faltando ante todo constituciones por mor incluso de silencio (hay normas que alcanzan más efecto y son más significativas por lo que callan que por lo que dicen), y resultando así parcial el panorama, el mismo H. Hannum (ed.), *Documents on Autonomy and Minority Rights*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1993.

los derechos, un registro que ambas parecen tomarse sumamente en serio. Lo más llamativo a primera vista es precisamente que, entre constituciones cercanas, una anterior y otra posterior a la Declaración Universal, ambas además con dicho compromiso con los derechos, la segunda, la de 1956, se manifieste concernida con los derechos humanos como si los mismos representasen una novedad. Derechos humanos es el epígrafe del título de los derechos constitucionales, el cuarto, que contiene principios como los siguientes:

*Artículo 40:* En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos.

*Artículo 42:* Se declara ilegal cualquier discriminación por motivo de raza, color, sexo, religión, nacimiento, posición económica o social u opiniones políticas.

«Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos» es lenguaje literal de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre que se ha adelantado a la Declaración Universal por unos meses en 1948. El registro americano del principio de no discriminación, esto es, el artículo segundo ya citado, se acerca comparativamente algo más en su lenguaje que el de la Declaración Universal. En todo caso, el empeño de la Constitución es el de presentar el capítulo constitucional de los derechos como basado en principios universales y no solo americanos o guatemaltecos. Derechos Humanos derivados de la Declaración Universal serían los derechos constitucionales que registra la Constitución de Guatemala de 1956, la que tan cercanamente siguiera a la precedente<sup>71</sup>.

En los pronunciamientos políticos previos a la Constitución de 1956, bastante inspiradores de la misma, se pone verdadera insistencia en el detalle de que se toma como base la Declaración Universal de los Derechos Humanos. También se enfatiza el objetivo de construir una sola ciudadanía guatemalteca que por fin integre las «dos sociedades distintas» que hasta entonces habrían formado indígenas de una parte y no indígenas de otra. El modo de alcanzarlo se concreta en unos términos sustancialmente coloniales: «Se hace necesario [...] crear un sistema tutelar, encargado de defender a los indios». Los llamados indios constituyen entonces una neta mayoría. ¿Guarda alguna relación el objetivo de la ciudadanía en singular con la base de los derechos humanos en general?

71. <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2210> es el sitio que ofrece acceso a la colección anexa a J. M. García Laguardia, *Constituciones Iberoamericanas: Guatemala*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. En la colección de Constituciones Hispanoamericanas (<http://www.cervantesvirtual.com/portal/constituciones>), faltan las guatemaltecas que ahora nos interesan (última visita, diciembre de 2012).

¿Hay alguna vinculación entre ambos elementos que, adoptándolos, se presentan como distintivos por aquella Constitución de Guatemala?<sup>72</sup>.

Respecto a la presencia indígena, la Constitución es parca. La silencia en la parte más general del título de Derechos Humanos y solo la menciona en un capítulo suyo que dedica a la cultura, el cuarto, declarando «de interés público el fomento de una política integral para promover el desarrollo de la cultura y el mejoramiento económico y social de los grupos indígenas» (artículo 110). Es un pasaje que cobra relieve si se lo compara con la posición al respecto de la Constitución precedente, la de 1945, la cual había reconocido, en cambio, a las comunidades indígenas como titulares de derechos, particularmente, el de propiedad colectiva, no considerándolas así como objeto de unas políticas integracionistas, de aquellas que pueden fácilmente producir la suspensión de derechos o que incluso la presuponen. He aquí una clave. Cambios como este realmente motivan el acento en los derechos humanos. Hay un nexo entre uno y otro elemento.

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos impulsan un entendimiento de la ciudadanía en unos términos de igualdad, proscribiéndose toda discriminación, que hacen abstracción de la presencia de los pueblos indígenas y, por tanto, de sus derechos. Quedan estos a disposición de los Estados, de sus políticas de integración de la ciudadanía con atropello de lenguas y culturas, y expolio de territorios y recursos indígenas, digo lo uno y lo otro, pues no se requiere ni en verdad media consentimiento. Hay un síntoma elocuente. Antes del par de Declaraciones, durante la primera mitad del siglo XX, ha venido desarrollándose por América Latina un significativo movimiento de garantía constitucional de derechos de las comunidades indígenas, del que el mismo caso guatemalteco es una muestra. Tras dichas Declaraciones, este movimiento se paraliza por un par de décadas. No es casualidad. He ahí un efecto americano de la Declaración Universal<sup>73</sup>.

No cabe alegrarse que la Declaración Universal sufre entonces una transitoria desvirtuación. De Naciones Unidas no viene protesta alguna. Con razón. Tal utilización de la Declaración por unos Estados no era perversa, sino que más bien respondía a su propia concepción de fondo. Recuérdese la manifestación de Brasil ante el riesgo cierto de que la

72. L. Mariñas Otero (ed.), *Las Constituciones de Guatemala*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, con esos pronunciamientos preliminares a la Constitución de 1956, pp. 681-742; para la base constitucional de la Declaración Universal, pp. 687 y 733; para la incorporación indígena a la ciudadanía en pie de desigualdad entre protestas de igualdad, pp. 697-701.

73. R. Yrigoyen y B. Clavero (eds.), *Pronunciamientos indígenas de las Constituciones americanas*, es una colección, accesible en <http://www.alertanet.org>, con la que puede apreciarse tal particularidad.

Convención sobre el genocidio pudiera interponerse contra dichas políticas de construcción de ciudadanía de Estado atropellándose de paso derechos de pueblos indígenas. Se trataría de una «asimilación perfectamente normal» (*perfectly normal assimilation*). Es la misma Declaración Universal la que atropella entonces derechos. No solo lo hace por mantenerse el colonialismo europeo de otras latitudes. El párrafo segundo del artículo segundo o este artículo íntegramente está así revelando, si no su intención, su sentido.

## 2. *Federalismo y no discriminación en la Constitución de Nigeria*

Nigeria se independiza formalmente de Gran Bretaña en 1960, un par y medio de meses antes de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, esto es, de la adopción de una política de descolonización por parte de Naciones Unidas. Desde Nigeria ya se nos ha enseñado algo. Un gobernador británico en Lagos nos ha asegurado que para la potencia colonial nada es obligación y todo es generosidad, incluso los derechos o inclusive, si no queda otro remedio, la independencia. Escuchemos la voz constitucional de Nigeria recién independizada.

La Constitución que entra entonces en vigor en Nigeria, con la independencia, es de carácter federal, lo cual nos interesa por tratarse de un federalismo que responde al reto del acomodamiento constitucional de pueblos y, por tanto, eventualmente, a la puesta en práctica de derechos suyos. Es esta una función que el federalismo no ha tenido por América, donde, bien al contrario, constituyera uno de los mecanismos de colonización de territorios indígenas a fin de establecer Estados federados no indígenas, ignorando y atropellando los derechos de unos pueblos. En África, unos espacios geográficos creados por el colonialismo intentan articularse utilizando el federalismo y así abriendo espacios de autonomía constitucional a unos pueblos<sup>74</sup>. Es, en efecto, el caso de Nigeria, un espacio geográfico desigualmente amalgamado por el colonialismo británico que hace el intento de articularse como Estado recurriendo a un federalismo entre pueblos<sup>75</sup>.

74. M. Beloff, «The 'Federal Solution' in its Application to Europe, Asia, and Africa»: *Political Studies*, 1-2 (1953), pp. 114-131; p. 122: «En Asia y en África, el federalismo se ha concebido como solución para los problemas políticos de países que habían sido unidos desde el exterior por el imperialismo».

75. K. Ezera, *Constitutional Developments in Nigeria: An Analytical Study of Nigeria's Constitution-Making Developments and the Historical and Political Factors that Affected Constitutional Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 1960, p. x, abundando en la solución del federalismo para uniones forzadas por el imperialismo, como sea el caso nigeriano. T. Falola (ed.), *Nigerian History, Politics and Affairs. The Collected Essays of Adiele Afigbo*, Asmara, African World Press, 2005.

Esta clase concreta de federalismo puede ser objeto de derecho de los pueblos y, por tanto, de personas, o la viceversa mejor, derecho de los individuos y, por tanto, de los respectivos pueblos, aunque la Declaración Universal haya guardado silencio. Durante su discusión, una propuesta yugoslava en tal sentido no había alcanzado éxito ninguno<sup>76</sup>. En el caso de Nigeria, ¿bajo qué principios, sobre qué entendimiento de derechos, se pone en planta el almacén federal? En 1960, la primera Constitución federal de la Nigeria independiente contiene un nutrido capítulo, el tercero, de *Fundamental Rights* con un apartado sobre *Freedom from Discrimination* que se plantea en unos términos ciertamente distintos a los de la Declaración Universal, aunque solo sea por las distinciones entre las que ha de moverse<sup>77</sup>.

Según esta Constitución, hay en Nigeria «comunidades y tribus» entre cuyos miembros no debe producirse discriminación de ningún signo, pero no parece que haya pueblos (Sección 27: 1.a-b). De hecho, la consideración por los pueblos se debe la estructura federal, pero ni se la plantea en unos términos de derechos de los mismos ni, por como se materializa este federalismo, cabe que se formule un principio de no discriminación entre ellos, los pueblos. Hay razón para que no comparezcan en la sección de la no discriminación. Son tres las regiones federadas en 1960, las cuales, de hecho, se identifican con los tres pueblos cuantitativamente principales, el hausa, el yoruba y el igbo, bien que la Constitución como las define es en términos meramente geográficos, Nigerias del Norte, del Oeste y del Sur, *Northern Nigeria*, *Western Nigeria* y *Southern Nigeria*, respectivamente. La nómina de pueblos es bastante más nutrida, pero el resto recibe la consideración de minorías, de las que además la Constitución federal se desentiende. En la misma se produce una sola referencia incidental a la condición de miembro de un consejo de las minorías de un área de minorías («Minority Council of a Minority Area in Western Nigeria or Eastern Nigeria»)<sup>78</sup>.

En rigor, no hay derechos de pueblos ni de minorías, como tampoco, porque se las mencione, de comunidades ni de tribus, sino tan solo de personas pertenecientes a las unas o a las otras en los términos de no discriminación que sintonizan, aunque se expresen de otro modo, con la Declaración Universal. No vamos a extrañarnos de que igualmente, si se hace la comparación, sintonice con la Constitución de Guatemala de 1956.

76. J. Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights*, p. 275, con la propuesta en p. 372.

77. [http://www.nigeriacongress.org/resources/constitution/nig\\_const\\_60.pdf](http://www.nigeriacongress.org/resources/constitution/nig_const_60.pdf) es la página oficial del Congreso de Nigeria con el texto de la Constitución de 1960.

78. K. Ezera, *Constitutional Developments in Nigeria*, p. xi; B. O. Nwabueze, *A Constitutional History of Nigeria*, Londres, C. Hurst, 1982, pp. 127-135. La referencia a minoría se encuentra en la Sección 40.7.b de la Constitución de 1960.

Póngase también en negativo. Si algún Estado poscolonial decide por aquel tiempo constituirse sobre la base del derecho de los pueblos a la libre determinación y, en su caso, a la mutua federalización, no habría encontrado ninguna guía ni ayuda por parte de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ni de las Naciones Unidas.

Hay algo más en la Constitución de Nigeria de 1960 que puede interesarnos, pues se relaciona con la existencia y el derecho de más pueblos que los tres que se federan, llámeselas comunidades o tribus. Que los derechos registrados sean tan solo los de carácter personal es hasta cierto punto una apariencia engañosa. Por una parte, existe el derecho de tres pueblos a la autonomía constitucional como regiones federadas. De otra, puede existir alguno más solapado bajo la forma del reconocimiento individual. Tal es el caso del derecho a la vida familiar: «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar» (Sección 22: 1). Puede relacionarse un pasaje aparentemente parejo de la Declaración Universal, en su artículo 12: «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia...».

Pocédase a la comparación entre sendos reconocimientos de la familia como entidad jurídica por el derecho internacional y por el constitucionalismo nigeriano ulterior. Existe una evidente vinculación en el lenguaje, pero la formulación no es la misma<sup>79</sup>. El pronunciamiento nigeriano es más fuerte, pues se efectúa en términos positivos de derecho y además a la *vida familiar* (*family life*), no solo a la *family*, mientras que la Declaración Universal lo hace en los negativos de proscripción de interferencia. Lo cual guarda su relevancia en el caso. Derecho a la *vida familiar* significa, en la práctica, el derecho de pertenencia a la formación política de base familiar que constituían algunos pueblos entre aquellos que no contaban con autonomía constitucional en calidad de región federada. *Family life* resulta la vida comunitaria<sup>80</sup>. Las llamadas minorías, comunidades o tribus pueden entonces encontrar una garantía constitucional por esta vía. La misma falta de autonomía constitucional las mueve al reforzamiento de la estructura familiar como tejido comunitario. El derecho de unos pueblos, de dar así con unos cauces, puede hacer estallar las costuras del planteamiento de fondo común a la Declaración Universal y a las Constituciones de Estados.

Las costuras le estallan sangrientamente a la Federación de Nigeria en 1967 no solo por el intento de independencia del pueblo igbo como República de Biafra, sino también por la presión de otros pueblos para constituirse en Estados federados. El propio Estado de Eastern Nigeria, el

79. Para el planteamiento de la Declaración Universal, J. Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights*, pp. 252-258.

80. B. Ibhawoh, *Imperialism and Human Rights*, pp. 136-140 y 166-172.

igbo, durante las negociaciones para la formación de nuevos Estados de la Federación, ha propuesto unos principios bien categóricos: «La creación de un nuevo Estado en Nigeria habrá de basarse en el consentimiento del pueblo del respectivo territorio; de existir en el mismo dos o más agrupaciones tribales, la voluntad de cada una habrá de ser acreditada y respetada»<sup>81</sup>.

Lo que para la Constitución de Nigeria es minoría, para la propuesta de Biafra puede constituir pueblo. En el campo del derecho, por lo visto, pueblo y minoría resultan categorías lábiles que pueden fácilmente solaparse. La posición de Biafra se alega proclamando como base los *fundamental human rights*, pero el derecho internacional de los derechos humanos, aun con la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales ya adoptada y en aplicación, no ofrece realmente sustento.

Nigeria ya está descolonizada y la Declaración Universal no tiene nada que decir respecto a arreglos constitucionales ulteriores por mucho que los mismos invoquen derechos humanos o que pudieran responder efectivamente a ellos. El masivo derramamiento de sangre de la guerra de Biafra presta trágico testimonio<sup>82</sup>.

### 3. Discriminaciones constitucionales por atención a pueblos en la Constitución de Malasia

En 1963, uniéndose Malaya o Malasia a otros territorios para formarse una Federación de quince Estados (catorce desde 1965, pues Singapur se independiza) y mayor número de pueblos, la Constitución ha de ser ciertamente compleja<sup>83</sup>. Su parte segunda se dedica a *Fundamental Liberties*, figurando el principio de no discriminación en una formulación peculiar si la juzgamos por el parámetro del párrafo primero del artículo segundo de la Declaración Universal.

En sustancia, se declara que todas las personas son iguales ante el derecho; salvo expresa autorización constitucional. No habrá discriminación por causa alguna, pero no queda por esto vetada la protección de

81. <http://www.worldstatesmen.org/Biafra.doc> es página que ofrece el texto de la *Proclamation of the Republic of Biafra* de 1967.

82. A. O. Uzokwe, *Surviving in Biafra: The Story of the Nigerian Civil War. Over two million died*, Nueva York, Writers Advantage, 2003; Ch. J. Korieh (ed.), *The Nigeria-Biafra War: Genocide and the Politics of Memory*, Amherst, Cambria, 2012.

83. <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/malaysia.pdf> es sitio que ofrece la Constitución de Malasia en vigor que mantiene la indicación de fecha de diversos estratos pudiendo inferirse el texto vigente en 1963. El caso constitucional de Singapur queda al margen de la problemática que ahora nos interesa: L. Thio y K. Yi Tan (eds.), *Evolution of a Revolution: Forty Years of the Singapore Constitution*, Abingdon, Routledge-Cavendish, 2009.

los pueblos aborígenes de la Federación, inclusive mediante reserva de tierras, como tampoco la cualificación de residencia para el ejercicio de derechos políticos en cada Estado. La Constitución puede así introducir excepciones al principio y lo hace, por una parte, para reconocer los derechos de la ciudadanía que puedan ser distintos en los diversos Estados de la Federación y, por otra, para prestar atención a pueblos que no son constituyentes de ninguno de dichos Estados federados y que se identifican como «pueblos aborígenes» (artículo 8).

A lo largo de un texto que constitucionaliza el derecho penal del enemigo, conteniendo variadas referencias a una condición de *enemy alien* en la que puede recaer la propia ciudadanía por pérdida de la misma, así como también una parte gruesa, la novena, sobre «poderes especiales contra la subversión, la violencia organizada y las acciones y delitos perjudiciales para los poderes públicos y de emergencia» (*Special Powers against Subversion, Organised Violence, and Acts and Crimes Prejudicial to the Public and Emergency Powers*), con todo esto, el juego de las excepciones puede darse, desde luego, a otros efectos<sup>84</sup>, pero destaquemos el extremo de que las mismas primariamente se acuñan por atención no solo a Estados de la Federación, sino también de pueblos que no los constituyen.

El artículo referido ha comenzado sentando el principio de igualdad de las personas ante el derecho. No puede proclamarse lo propio respecto a los pueblos y esto no solo porque los haya con Estados y sin ellos, sino también porque entre los mismos se marca una diferencia fundamental por motivo de religión. Comenzando por el pueblo malayo, los hay que pueden gozar de una cobertura especial por la protección que le compete al Yang di-Pertuan Agong, el supremo regidor, la figura superior del islam en Malasia además de monarca constitucional<sup>85</sup>. La Constitución dispone que ha de garantizarse especialmente la posición de los malayos y de los nativos de cada Estado. Todos los pueblos pueden quedar constitucionalmente cubiertos, pero no hay nada que se parezca a un principio de igualdad o no discriminación entre ellos. Más bien lo contrario. Hay supeditación y jerarquía (artículo 153: 1.1).

La Declaración Universal no parece que interponga objeción alguna. ¿Y la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, que ya existe? Enseguida veremos. En todo caso, en un universo donde lo usual es la presencia de pueblos no constituyentes

84. I. Omar, *Rights, Emergencies and Judicial Review*, La Haya, Kluwer, 1996, se ocupa del asunto en Malasia, Sri Lanka y Bangladesh. El título de *Fundamental Liberties* de la Constitución de Malasia, sustancialmente el de 1963, se reproduce en pp. 321-325.

85. M. Leifer, *Dictionary of the Modern Politics in South-East Asia*, Nueva York, Routledge, 1995, p. 297; Ch. Boon Kheng, *Malaysia: The Making of a Nation*, Singapur, Institute of Southeast Asian Studies, 2002.

de Estados, la Declaración Universal no solo es que no ofrezca guía ninguna para la conjugación de derechos y el acomodamiento de grupos, sino que incluso pudiera resultar, de atenderse, contraproducente en su ignorancia de lo uno y para con lo otro. Frente a sus mismas previsiones, puede guardar sentido que el principio de no discriminación se cualifique y matice por medio del instrumento constitucional. Constituciones que se atuvieran a la Declaración Universal de Derechos Humanos incorporándola tal cual y sin más, como título propio, puede que no les hicieran un buen servicio a los derechos humanos.

He ahí con todo, con los ejemplos de Guatemala, Nigeria y Malasia tan dispares en apariencia como de fondo común entre sí y respecto a otros muchos casos, por la concurrencia de diversidad de pueblos en un mismo Estado, unos síntomas bien agudos de que se solapan problemas en la formulación plana de la no discriminación y de que las mismas dificultades pueden guardar en buena parte conexión con el colonialismo todavía agazapado tanto en la Declaración Universal como en las constituciones de Estados, sean o no Federaciones.

Cuando la Asamblea General de Naciones Unidas adopta a finales de 1960 la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, se está ante todo formalmente reconociendo que en la Declaración Universal de los Derechos Humanos ha sido con ello detectada, como si no se supiera sobradamente con anterioridad, una relevantísima deficiencia.

#### VII. DESBLOQUEO DE LOS DERECHOS HUMANOS POR LA DESCOLONIZACIÓN

*Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales* no parece que sea una traducción absolutamente afortunada de *Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples*, o quizás incluso la formulación en inglés no es tampoco la más feliz imaginable, pues *granting* puede tanto significar la concesión del derecho que así se otorga como la garantía del derecho que ya se tiene. Si se marca la contraposición, lo que viene a significarse es lo primero, esto es, lo que parece menos apropiado para el propio alcance de este instrumento<sup>86</sup>. *Granting* aquí ha de significar no que se conceda o regale nada, sino que se reconoce y garantiza algo. Si se abriga alguna duda, la despeja inmediatamente el tenor de la Declaración misma. No se otorga gracia al-

86. A. G. Kouevi, «The right to self-determination of indigenous peoples: Natural or granted? An African perspective», en P. Aikio y M. Scheinin (eds.), *Operationalizing the Right of Indigenous Peoples to Self-Determination*, Turku/Åbo, Institute for Human Rights, 2000, pp. 143-153.

guna de inclusión en derechos que puedan dispensarse y dosificarse por las mismas potencias coloniales, sino que se asegura un derecho propio y además de carácter expresamente primario, uno de esos derechos que se predicán como humanos, aunque no pueda en su caso fundarse en la Declaración Universal. He aquí los decisivos primeros tres pronunciamientos de la Declaración de 1960:

1. La sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales, es contraria a la Carta de las Naciones Unidas y compromete la causa de la paz y de la cooperación mundiales.
2. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.
3. La falta de reparación en el orden político, económico, social o educativo no deberá servir nunca de pretexto para retrasar la independencia.

Sé que ya he citado el segundo párrafo, pero no como pronunciamiento de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, sino como párrafo primero del primer artículo, el que encabeza y preside, de los dos *Covenants* o Pactos de Derechos Humanos, el de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que por fin advendrán en 1966. Efectivamente, son idénticos entre sí, con alguna importante diferencia por el contexto. En 1960, la Declaración puede dejar en manos de Naciones Unidas la determinación de lo que sea pueblo colonial y de lo que fuera la subyugación colonialista. En 1966, el derecho del pueblo se inserta plenamente, y además en cabeza, entre los derechos humanos. Como tal, ya no debe resultar políticamente disponible para los Estados que componen Naciones Unidas ni en conjunción ni por separado. No digo que esto no ocurra, sino que, conforme a derecho, ya no debiera. De hecho, 1960 tampoco supone una cesura. Se mantienen en lo sustancial unos planteamientos de negociación de independencias sobre la base de las fronteras coloniales sin abrirse estrictamente espacio al ejercicio de un derecho por parte de los pueblos colonizados<sup>87</sup>.

En principio, a estas alturas de los años sesenta del siglo pasado, no debería ser ya cuestión de cláusulas extensivas o inclusivas de ningún género, sino de derecho bajo la responsabilidad de sus titulares. ¿Ya no hay, en efecto, juego de inclusiones y exclusiones coloniales? El derecho internacional parece estar conjurándose por fin en contra. La misma reite-

87. P. G. Lauren, *Power and Prejudice: The Politics and Diplomacy of Racial Discrimination* (1988), edición ampliada, Boulder, Westview, 1996, cap. VII; V. Patil, *Negotiating Decolonization in the United Nations: Politics of Space, Identity, and International Community*, Nueva York, Routledge, 2007.

ración en los Pactos no solo refuerza la posición de la libre determinación de los pueblos como derecho humano, sino que además la ubica entre los derechos humanos. Coloca tal derecho de formulación colectiva en primera posición, como si fuera premisa de los derechos de los individuos<sup>88</sup>. Con esto, para acceder a una condición que permita el efectivo ejercicio de unas libertades más allá del mero reconocimiento de unos derechos, parece que el individuo precisa la libertad del pueblo con el que se identifica o en cuyo seno vive. Con su artículo primero en común y la secuencia subsiguiente y ahora diferenciada de los derechos humanos en cada Pacto, esto también es detalle con el que los Pactos enmiendan y puntualizan la Declaración Universal. Es principio para la desaparición del lastre de la exclusión de los sujetos coloniales. Mas puede haber dificultades por el modo como se produce esta evolución de un derecho internacional y también por las implicaciones que se arrastran.

La forma de producirse el desarrollo internacional de los derechos humanos entre la Declaración Universal y los *Covenants* o Pactos, entre también la base indeclinable de derechos de individuos y la adición necesaria de derecho de pueblos, crea un espejismo de especificación progresiva de reconocimientos que ya estarían presentes en la Carta de Naciones Unidas, o al menos supuestos netamente por la misma. ¿No figuraban ya en ella la libre determinación de los pueblos y el mismo principio de extensión colonial de los derechos humanos? Había algo de esto y también bastante más. Observemos la forma como en 1945, la Carta de Naciones Unidas puede hacer referencia, entre eufemismos no tan opacos, al colonialismo:

*Artículo 73:* Los Miembros de las Naciones Unidas que tengan o asuman la responsabilidad de administrar territorios cuyos pueblos no hayan alcanzado todavía la plenitud del gobierno propio, reconocen el principio de que los intereses de los habitantes de esos territorios están por encima de todo, aceptan como un encargo sagrado la obligación de promover en todo lo posible, dentro del sistema de paz y de seguridad internacionales establecido por esta Carta, el bienestar de los habitantes de esos territorios, y asimismo se obligan: [...] *b*) a desarrollar el gobierno propio, a tener debidamente en cuenta las aspiraciones políticas de los pueblos, y a ayudarlos en el desenvolvimiento progresivo de sus libres instituciones políticas, de acuerdo con las circunstancias especiales de cada territorio, de sus pueblos y de sus distintos grados de adelanto.

*Artículo 76:* Los objetivos básicos del régimen de administración fiduciaria, de acuerdo con los Propósitos de las Naciones Unidas enunciados en el Artículo 1 de esta Carta, serán: [...] *b*) promover el adelanto político, eco-

88. [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/f3c99406d528f37fc12563ed004960b4?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/f3c99406d528f37fc12563ed004960b4?Opendocument) es el Comentario General del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el derecho de libre determinación, de 1984.

nómico, social y educativo de los habitantes de los territorios fideicometidos, y su desarrollo progresivo hacia el gobierno propio o la independencia, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada territorio y de sus pueblos y los deseos libremente expresados de los pueblos interesados, y según se dispusiere en cada acuerdo sobre administración fiduciaria.

La entrada de este último artículo ya la conocemos, pues es el mismo que se refiere, en su párrafo siguiente, a la extensión de los derechos humanos. Con anterioridad a esta cláusula así se ha registrado dicha visión positiva del colonialismo como la vía a través de la cual debe producirse la participación misma de derechos a gentes dependientes, esto es, conforme al planteamiento que se había formulado previamente de modo más claro entre todas las potencias coloniales por la Gran Bretaña. La continuidad de la exclusión colonial ha podido producirse a través de las cláusulas de inclusión entre la Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal.

De hecho, si se lee atentamente, puede observarse que en la Carta ni siquiera queda nítido el alcance del objetivo de extensión de derechos, pues no se formula, como luego hará la Declaración, respecto a todos los *non-self-governing territories* o territorios sin autogobierno con carácter general<sup>89</sup>; pero lo que nos interesa ahora es la significación que todo esto guarda para la concepción de los derechos humanos, de aquellos derechos humanos registrados por la Declaración Universal. En lo que toca al concepto, su párrafo segundo de su artículo segundo contiene exactamente el mismo que se registra en la Carta. Ahora, en 1948, queda claro que el objetivo de la extensión de los derechos a las colonias tiene un alcance general, sin posibles excepciones, pero se sigue entendiendo que ello no implica un reconocimiento inmediato, sino gestionable, dispensable, graduable y, con todo, aplazable, por determinación, no de los respectivos titulares de derechos, sino de la respectiva potencia colonial. Este sinsentido de la puesta del colonialismo al servicio de los derechos humanos, con el efecto inmediato de la denegación de los mismos a buena parte de la humanidad, pertenece tanto a la Carta como a la Declaración.

Si hay debate sobre la cláusula de extensión colonial durante los trabajos preparatorios de la Declaración es porque la disposición equivalen-

89. Sobre el régimen de los territorios en *trusteeship* o administración fiduciaria que eran los estrictamente contemplados en la cláusula de extensión de derechos de la Carta y que constituían una mínima parte de las latitudes coloniales, Wm. R. Louis, *Ends of British Imperialism: The Scramble for Empire, Suez and Decolonization*, Londres, I. B. Tauris, 2006, pp. 185-290 (artículos de entre 1963-2006); C. Stahn, *The Law and Practice of International Territorial Administration: Versailles to Iraq and Beyond*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 89-114.

te de la Carta, de una parte, no lo era tanto y, de otra, había formulado unas bases que, entre la propuesta yugoslava y la soviética, se ponen en cuestión. Entre la Carta y la Declaración, la cláusula colonial contiene en sustancia un mandato incierto de futuro indeterminado para la superación del colonialismo implicando en el presente su continuidad con cometido propio y legitimación consiguiente<sup>90</sup>. Implica la improbabilidad de la extensión de los derechos e incluso su imposibilidad con carácter inmediato. Aquí radica la diferencia esencial entre la posición británica y no solo la soviética, sino también la yugoslava, la distancia, en suma, entre el *on the basis of* más graduable y dilatorio y el *equally* más conminatorio y apremiante. La propuesta soviética se deja de eufemismos, lo que no quiere decir que asuma unos derechos.

El efecto de exclusión mediante inclusión no se agota en 1948, sino que puede alcanzar a 1966 y así más allá, tanto al doble reconocimiento del derecho de libre determinación de *todos los pueblos (all peoples)*, como al simple de derechos de las personas pertenecientes a las llamadas minorías. Cabe que se siga presumiendo que una parte de la humanidad carece de capacidad para regirse a sí misma o, dicho de otra forma, para responsabilizarse de la garantía colectiva de sus propios derechos. La inclusión puede resultar que sigue presuponiendo y produciendo exclusiones.

Hay pruebas en los mismos Pactos. El de Derechos Civiles y Políticos contempla la condición de las llamadas minorías no para reconocerles y garantizarles igualmente derechos, sino para contemplar tan solo los de las personas pertenecientes a ellas. La novedad se registra tras la reafirmación de los principios de igualdad y no discriminación, tal y como si se viniese ahora a matizarlos, aunque así no se diga de forma explícita. Una primera comparecencia del principio de no discriminación deja en claro que su medida de referencia no es universal, sino de Estado:

*Artículo 2.1:* Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

*Artículo 26:* Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo,

90. Para prueba patente durante el debate de la Declaración y de parte británica, si hiciera falta, de que en materia colonial la misma mantiene con plena consecuencia, pese lo que pese a derechos, las posiciones de la Carta, J. Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights*, p. 59.

idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

*Artículo 27:* En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

En el caso de las llamadas minorías, al reconocerse tan solo los derechos de los individuos que las componen y no complementariamente los del grupo mismo, como si se hallara incapacitado para la consiguiente responsabilidad de garantía, con el corolario siempre de su encomienda primaria al Estado, a un Estado que, en su caso, por definición les es ajeno, no quedaría sentada la premisa de la libertad colectiva ni así, por tanto, establecido el principio para la superación del lastre<sup>91</sup>. Habrá más. Al cabo del tiempo, en 2007, la Asamblea General de Naciones Unidas adopta una Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en la que figura el siguiente pronunciamiento<sup>92</sup>:

*Artículo 3:* Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Viene en tercer lugar porque en los dos primeros artículos de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas preceden los derechos individuales en igualdad y sin discriminación, el orden aparentemente contrario del que hemos visto en los *Covenants* o Pactos, pero expresando en el fondo lo mismo, esto es, la relación y dependencia entre derechos de personas y derecho de pueblos<sup>93</sup>. No saltemos, sin embargo, a 2007. Nuestro término es el de la fecha de adopción de los Pactos, 1966, luego lo que ocurra más tarde no nos interesa ahora en sí, sino, en su caso, como evidencia de cargo, por así decirlo, respecto a los mismos y a la Declaración Universal de la que traen en su mayor parte causa. Ahí,

91. P. Thornberry, *International Law and the Law of Minorities*, Oxford, Oxford University Press, 1991; J. Rehman, *The Weaknesses in the International Protection of Minority Rights*, caps. VI y VIII; N. Ghanea y A. Xanthaki (eds.), *Minorities, Peoples and Self-Determination: Essays in Honour of Patrick Thornberry*, La Haya, Martinus Nijhoff, 2005.

92. <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi> es la dirección del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, donde puede compulsarse la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas junto con otra documentación pertinente.

93. P. Thornberry, *Indigenous Peoples and Human Rights*, Mánchester, Manchester University Press, 2002; S. J. Anaya, *Indigenous Peoples in International Law* (1996), edición actualizada, Nueva York, Oxford University Press, 2004; A. Xanthaki, *Indigenous Rights and United Nations Standards: Self-Determination, Culture and Land*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

en 2007, se tiene la necesidad de decir de los *indigenous peoples*, los pueblos indígenas, exactamente lo mismo que tiempo ha se había dicho de «todos los pueblos» (*all peoples*). En esta extensión al cabo de cerca de cinco décadas desde la rectificación inconfesa de 1960 sabrá reconocerse la cláusula de inclusión que está acusando exclusión. Desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos *todos* no quiere decir todos; *all* no significa *everyone*; o ni siquiera *everyone* lo hace. Un sujeto colonial, ahora el indígena, ha venido abstrayéndose.

*All peoples* del artículo primero de ambos Pactos resulta que no son *todos los pueblos*, sino todos menos los indígenas, esto es, todavía la mayoría de los mismos y que además por regla bastante general preceden en el propio territorio a los que han constituido unos Estados no tan poscoloniales con ello. En condición de sujetos, por lo común, no se comprenden realmente en su mayor parte los pueblos ni de América ni de África ni de Asia o los de otras latitudes, pues el fenómeno no es solo americano, africano o asiático ni producto siempre de la expansión colonial europea como la producida sobre todo, con desiguales secuelas a su vez, por América y por África. Insisto por que se vea que la exclusión entendida en la inclusión del párrafo segundo del segundo artículo de la Declaración Universal de Derechos Humanos ha venido constituyendo regla más que excepción<sup>94</sup>.

#### VIII. PROSCRIPCIÓN DE DISCRIMINACIÓN PARA CON PUEBLOS Y MINORÍAS

Hay más efectos bastante inmediatos del desbloqueo de 1960, también de alguna forma problemáticos. El desembarazo se ha producido, pero el horizonte no se ha despejado. Entre 1960 y 1966, entre la adopción de una política de descolonización y su principal consecuencia normativa que son los Pactos, se ubica un instrumento de lo más significativo para cuanto estamos viendo. De finales de 1965 data la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, un verdadero desarrollo del párrafo segundo del artículo segundo de la Declaración Universal. Con procedimientos ahora de supervisión, el principio de no discriminación intenta mantenerse a ultranza, pero con significativos matices de un doble signo en este preciso momento en que se trata de su puesta en práctica.

Por una parte, se sienta que, en la práctica, el principio de no discriminación no tiene el término de referencia universal de la humanidad, sino el de la ciudadanía de cada Estado. Es lo que, según hemos visto, se reafir-

94. B. Clavero, *Genocide or Ethnocide, 1933-2007*, cap. VIII.

mará a continuación por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. No se trata así, en rigor, ahora que intentan cobrar vida, de *derechos humanos*, sino de derechos constitucionales con reconocimiento y supervisión internacionales<sup>95</sup>. Por otra parte, se toma en cuenta que dentro de los Estados existen grupos diferenciados, admitiendo que sean objeto de políticas específicas, pero no sujeto de derechos propios, con el fin esto de que las diferencias mismas se cancelen:

*Artículo 1:* 1. En la presente Convención la expresión *discriminación racial* denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública. 2. Esta Convención no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado parte en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos. 3. Ninguna de las cláusulas de la presente Convención podrá interpretarse en un sentido que afecte en modo alguno las disposiciones legales de los Estados partes sobre nacionalidad, ciudadanía o naturalización, siempre que tales disposiciones no establezcan discriminación contra ninguna nacionalidad en particular. 4. Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.

No nos interesa ahora, pues excedería de nuestro término, el juego que pueda dar esta Convención, pues no siempre responde, por fortuna para pueblos y minorías, exactamente a sus previsiones<sup>96</sup>. Nos importa su planteamiento. De entrada, lo que así se formula es un paradigma que,

95. C. Anderson, *Eyes off the Prize*, insiste en la importancia histórica de que la principal organización afroamericana en los Estados Unidos abandonase, como hemos visto, el motivo reivindicativo de los *human rights* por el más limitado de los *civil rights*, pero no se percató de que los mismos derechos humanos sufren a continuación esa especie de giro, o más bien lo hacen explícito, pues el mismo ya está marcado desde la propia Carta de Naciones Unidas con su cláusula de no injerencia. Poniendo el énfasis en la solidaridad anticolonial, P. M. von Eschen, *Race Against Empire*, ya se ocupaba de dicho viraje de las principales organizaciones afroamericanas.

96. N. Lerner, *The U.N. Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff-Noordhoff, 1980; y sobre todo, el mismo, *Group Rights and Discrimination in International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991; H. Hanum, *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination: The Accommodation of Conflicting Rights* [1990], edición actualizada, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 1996.

si no sintoniza siempre con la cara oscura de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aquella que Brasil ha mostrado con toda crudeza en el debate sobre la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, es por la imposibilidad práctica de traducirlo en una política que no merezca precisamente tal calificación de genocida. Así y todo, dicho paradigma, presentándose como corolario inmediato del principio de no discriminación racial, se adopta de lo más formalmente por Naciones Unidas en 1957 a través de un instrumento elaborado por una de sus agencias especializadas, la Organización Internacional del Trabajo y su Convenio relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribuales y Semitribuales en los Países Independientes<sup>97</sup>.

Se trata del paradigma entonces común entre Estados, con todas sus variantes, consistente en la supresión, supeditación o marginación de los derechos de los pueblos coloniales en su sentido más general que tras 1960 se va retrayendo al caso de los indígenas en particular. Alguna corrección más significativa, bien que tímida, ha debido también producirse con posterioridad por el mismo desarrollo de los instrumentos internacionales de los derechos humanos. Ya sabemos que no nos interesan las rectificaciones tardías por sí, con toda su importancia efectiva, desde luego, sino que tan solo aquí nos importan para apreciar el alcance del desbloqueo producido en 1960 por la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales. Se trata luego, en 1992, de un instrumento que constituye un expreso desarrollo del citado artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas o Lingüísticas. He aquí un artículo suyo que toca a principios:

*Artículo 8.3:* Las medidas adoptadas por los Estados a fin de garantizar el disfrute efectivo de los derechos enunciados en la presente Declaración no deberán ser consideradas *prima facie* contrarias al principio de igualdad enunciado en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Conforme a la Declaración sobre Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas o Lingüísticas, en consideración precisamente de derechos, donde antes no debía haber distinción, ahora resulta que cabe, pese al principio de igualdad o al consiguiente de no

97. Esta Convención llega hoy a tenerse como un instrumento pionero en el reconocimiento de derechos de pueblos, los indígenas, pero sustancialmente consiste en la aplicación de la cláusula de extensión con dicho objetivo de la integración que en rigor no respeta derechos. Compruébese cumplidamente en L. Rodríguez-Piñero, *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law*. Para la reiteración posterior de su consideración, en cambio, como «la primera convención internacional específicamente centrada en los derechos de los pueblos indígenas», A. Xanthaki, *Indigenous Rights and United Nations Standards*, p. 49.

discriminación. Como las llamadas minorías que pueden ser pueblos, por no reconocérseles derechos en cuanto tales, están confiadas a los Estados, se instruye a estos para que ahora antepongan, a las políticas de construcción de ciudadanía, el debido respeto y garantía de los derechos de las personas de cultura distinta a la predominante, de las personas que se dicen pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas.

Si ello constituye materialmente una enmienda a la Declaración Universal, todavía lo resulta de alcance muy superior, como hemos podido apreciar, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, donde son los derechos de estos pueblos en cuanto tales los que deben anteponerse a los principios de igualdad y no discriminación en el seno de la ciudadanía. Y a estas enmiendas no se procede por distinción de privilegios, sino por todo lo contrario precisamente. Buena parte de lo que se ha considerado desde la Declaración Universal el vicio de la discriminación, puede representar ahora la virtud del derecho, la de los derechos que han venido así con anterioridad sustrayéndose a determinados sujetos, a quienes no cuentan con la suerte de pertenecer a la ciudadanía de un Estado de su propia cultura.

Lo menos que puede decirse es que, incluso con los Pactos y otras enmiendas, los derechos humanos siguen entonces sin ofrecer guía ni ayuda para articular los derechos ni de los pueblos ni de las minorías a fin de conjugarlos con los derechos de los individuos en el ordenamiento efectivo que presiden las constituciones de los Estados más todavía que las convenciones internacionales. Si a aquellas alturas de los años sesenta del siglo pasado, Guatemala, por volver al ejemplo, se hubiera replanteado su Constitución conforme a derechos humanos, a estos derechos así cualificados en su propia norma constitucional, podría haber hecho exactamente lo mismo sin ningún género de reserva ni problema ni de parte constitucional ni de parte internacional.

De hecho, Guatemala renueva su Constitución en 1965 aprovechando para sustituir el epígrafe general de *Derechos Humanos* por el de *Garantías Constitucionales* sin alteración sustancial de los principios de igualdad y no discriminación en la formulación ya referida ni tampoco, en lo más mínimo, del sentido de fondo del registro constitucional de los derechos. Acentúa al tiempo el objetivo de la intervención del Estado de cara a la presencia indígena sin consideración alguna de derechos de unos pueblos: «El Estado fomentará una política que tienda al mejoramiento socioeconómico de los grupos indígenas para su integración a la cultura nacional»<sup>98</sup>. Puede hacerlo sin chocar con declaraciones ni convencio-

98. <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2210> ya sabemos que es sitio con la colección de las constituciones de Guatemala. El artículo citado de 1965 es el 110, igual que en 1956.

nes internacionales. A aquellas alturas, la supresión de la referencia a derechos humanos puede estar acusando que resultan más bien superfluos para una constitución de Estado.

Por no dejar de referirme a otro caso constitucional entre los vistos, notemos que Nigeria cambia su Constitución más tarde, en 1979. Mantiene el principio de no discriminación con algún retoque en el lenguaje, como el de la sustitución de *tribe* por *ethnic group*, sin mayor alcance sustantivo. El derecho a la *family life* es suprimido<sup>99</sup>. No hay problema alguno de procedencia constitucional ni internacional, tampoco por parte de los derechos humanos, porque así lo que desaparezca sea la única cobertura constitucional existente para pueblos sin Estado federado y minorías o, como ahora se dice, *communities* y *ethnic groups*. No es que haya equivalencia, pues lo que la Constitución así no reconoce, sin problema que se le presente por parte alguna, es la existencia de pueblos. El giro constitucional que dismantela una relativa garantía puede justificarse con el argumento de que ahora, de este modo, se protegen mejor los derechos humanos individuales frente a las restricciones del orden familiar y comunitario<sup>100</sup>.

#### IX. SUSPENSIÓN ENTRE ABSTRACCIONES INEQUÍVOCAS Y PREVISIONES EQUÍVOCAS

La Declaración Universal representa hoy el referente por excelencia del trato digno entre seres humanos mediante el respeto a unos derechos que todas y todos por regla general nos reconocemos. No siempre ha sido así. La Declaración Universal no nace bajo ese signo de dignidad ni crece con algún desempeño de excelencia. Conviene hacerse cargo no solo por conocimiento del pasado, sino también y sobre todo por constancia y control de las secuelas que puedan todavía arrastrarse en el presente.

La Declaración Universal viene en su momento a ofrecer cobertura a la negación de los derechos y a la denegación de garantías que ella misma proclama tras los pasos, lo uno como lo otro, de la Carta de Naciones Unidas. Nada que extrañe si ante todo se considera la Declaración como lo que en origen es, una operación de propaganda y legitimación de

99. [http://www.nigeriacongress.org/resources/constitution/nig\\_const\\_79.pdf](http://www.nigeriacongress.org/resources/constitution/nig_const_79.pdf) es la página oficial de la Constitución de Nigeria de 1979. El índice de la misma sigue anunciando el *right to private and family life*, pero la dicción ha cambiado significativamente, en verdad eliminándolo como tal derecho a una vida, como sabemos, más que familiar (Sección 34).

100. B. Ibhawoh, *Imperialism and Human Rights*, p. 139 ya citada, con esta contraposición entre derechos del individuo y de la familia-comunidad. Sobre efectos, la referencia a la política de imposición de las lenguas hausa, yoruba e igbo, las de los tres pueblos federados en Nigeria, en B. Clavero, *Genocide or Ethnocide, 1933-2007*, p. 243.

estas mismas flamantes Naciones Unidas. No se trata de un invento improvisado. Se opera sobre la base firme de una larga experiencia colonial, la general de Europa y la particular británica, la una y la otra compartidas por la política interna o también expansiva de los Estados de las Américas<sup>101</sup>. El colonialismo europeo y euroamericano ha creado toda una cultura jurídica y política de abstracción de sujetos cuando se hace referencia a derechos, y de reconocimientos subsiguientes de quienes han sido abstraídos, que en la práctica operan en sentido inverso. Es un contexto en el que protección puede significar perfectamente dominación sin traba; o administración fiduciaria, gobierno rapaz e insidioso. Tal es en su momento la base de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En todo caso, el efecto de cobertura de políticas lesivas de derechos y cancelatorias de garantías no puede decirse que constituya un resultado imprevisto, sino un objetivo deliberado, como hemos visto entre la Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos. En esta, la clave radica en el párrafo segundo del artículo segundo, no por lo que declara, sino por lo que da por supuesto. Dispone la extensión universal de los derechos al tiempo que presupone la exclusión de una buena parte de la humanidad, de aquella que debía beneficiarse de esa misma participación de libertades. Para proscribir la distinción, procede a ella y la sustenta. No la da mínimamente por cancelada. El problema no consiste en distinguir o no distinguir, sino en qué y en cómo se distingue. En la Declaración Universal, es del colonialismo de lo que se hace todavía la salvedad, de un colonialismo extendido al tratamiento, por parte de Estados no tenidos por coloniales, de pueblos indígenas y de humanidad descendiente de quienes sufrieron la suprema privación del tráfico colonial de la esclavitud y sus secuelas.

Parece un sinsentido, pero guarda lógica. Hemos visto como el lenguaje de los derechos presenta sus peculiaridades que la propia doctrina jurídica ya ignora, ya oculta. No siempre está en el secreto. Paladines de los derechos humanos propugnan con sinceridad y dedicación los derechos humanos de alcance universal sobre base colonial con absoluta inconsciencia ante el daño comprobable para los sujetos abstraídos. Seamos

101. G. Lawson y G. Seidman, *The Constitution of Empire: Territorial Expansion and American Legal History*, New Haven, Yale University Press, 2004; E. Román, *The Other American Colonies: An International and Constitutional Law Examination of the United States' Nineteenth And Twentieth Century Island Conquests*, Durham, Carolina Academic Press, 2006. Interesa el sitio de la Universidad de Michigan *The United States and its Territories, 1870-1925: The Age of Imperialism* (<http://quod.lib.umich.edu/p/philamer>). En la medida en que sus fronteras de partida, cuando la independencia frente a Europa, son de hecho ficticias, dada la resistencia de pueblos indígenas, no solo Canadá, sino todos los Estados de Latinoamérica comparten en alguna medida la experiencia de expansión aparentemente interna en su mayor parte, tampoco en toda su extensión.

universalistas, nos predicán. Cuidado con las distinciones que pretenden contrarrestar discriminaciones y que en realidad las producen, es la admonición que enseguida añaden. Ciertamente, solo que la prédica no repara en detalles. A partir de todo lo visto respecto al nacimiento y la infancia de los derechos humanos, los de la Declaración Universal, procedamos nosotros al escrutinio.

### 1. *Derecho para el enemigo y supremacismo cultural*

El colonialismo ha generado un verdadero derecho del enemigo, el derecho del enemigo por excelencia, un derecho que puede negar derechos y denegar garantías sin cortapisas que valgan. Esto es lo que se encierra en la máxima de que por las colonias no corresponde la exigencia del *rule of law*, sino la discreción de la *equity*, lo cual igualmente se practica, tras la descolonización, de cara a los pueblos indígenas por las mismas excolonias. Todo un derecho de excepción erigido en regla constituye un legado neto del colonialismo<sup>102</sup>. Tratándose de indígenas, la suspensión de las garantías, al tiempo que se afirman los derechos, es un recurso tan disponible antes como después de la Declaración Universal<sup>103</sup>. Puede también revertir sobre las metrópolis, pero sin un carácter regular, como régimen realmente sujeto a excepcionalidad y, por tanto, a transitoriedad<sup>104</sup>. La Declaración Universal lo hace suyo mediante la presunción ínsita en el párrafo de aparente inclusión colonial, el segundo del artículo segundo. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial lo asegura con la previsión del párrafo cuarto de su artículo segundo.

Se trata en el fondo, ni más ni menos, de lo que Brasil defiende en el debate sobre la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de

102. R. Samaddar, «Loi et terreur: Le constitutionalisme colonial»: *Diogenes. Revue Internationale des Sciences Humaines*, 212-4 (2005), pp. 22-41; A. Kalthan, «Colonial Continuities: Human Rights, Terrorism, and Security Laws in India»: *Columbia Journal of Asian Law*, 20-1 (2006), pp. 93-234. Colaciónese también el título referido de los poderes extraordinarios de la Constitución de Malasia.

103. [http://www.fidh.org/IMG/pdf/cl\\_mapuche2006e.pdf](http://www.fidh.org/IMG/pdf/cl_mapuche2006e.pdf) y <http://www.fidh.org/IMG/pdf/cl1809e.pdf> son informes de la Fédération Internationale des Droits de l'Homme sobre el caso mapuche en Chile bien ilustrativo al respecto.

104. A. W. B. Simpson, *In the Highest Degree Odious: Detention Without Trial in Wartime Britain*, Oxford, Clarendon, 1992. Simpson argumenta que la experiencia metropolitana de suspensión de garantías durante la guerra mundial sirvió de prácticas para la prolongación del colonialismo en la posguerra, pero su misma exposición en *Human Rights and the End of Empire*, cap. II citado, muestra que la escuela realmente primaria fue la colonial. Lo propio también ocurre con la expresión teórica y práctica de la dicotomía *Freund-Feind*, uno con derecho y el otro sin él, por el nazismo (B. Madley, «From Africa to Auschwitz: How German South West Africa Incubated Ideas and Methods Adopted and Developed by the Nazis in Eastern Europe»: *European History Quarterly*, 35-3 [2005], pp. 429-464).

Genocidio: la «asimilación perfectamente normal» de los pueblos indígenas por los Estados poscoloniales, una política de construcción de ciudadanía que permite la mayor privación concebible de derechos y garantías, la que se produce al asumirse que el mejor camino de acceso al goce efectivo de derechos no es el de su reconocimiento y respeto, sino el de la suspensión de toda garantía por negación de todo derecho. Es la política que el derecho internacional de Naciones Unidas hace claramente suyo mediante el Convenio relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribuales y Semitribuales en los Países Independientes. No se trata solo de un planteamiento colonial de tiempos anteriores a los derechos humanos, sino también del trasfondo que sigue operando sin solución de continuidad en la misma Declaración Universal y en su propio desarrollo incluso tras la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales.

Antes y después del 10 de diciembre de 1948, una misma puede ser la pauta sin que, tras dicha fecha, venga a entrar en conflicto con los derechos humanos. En la Declaración Universal se encierra la concepción colonial de los derechos mismos como mecanismo de dominación que atropella libertades e ignora garantías conjugando un derecho concesivo para el sujeto colonial amigo, si sumiso y negociador, y un derecho beligerante para el sujeto colonial enemigo, si resistente o refractario. Ahí se tiene al sujeto actual sin derechos y al enemigo potencial sin garantías, unos mismos. La Declaración Universal no representa en su momento cesura alguna ni revolución jurídica cumplida que inicie una nueva historia, toda una era de derechos por fin, ya desde entonces, universales en su concepción. No es esta la evidencia histórica<sup>105</sup>.

La concepción de los derechos humanos como universales no proviene de la Declaración Universal, sino de quienes sufren su planteamiento colonial y precisan, por tanto, de ellos, no para encubrir un dominio, sino para liberarse del mismo. La postura más activa que se hiciera presente ante las flamantes Naciones Unidas defendiendo un concepto indiscriminatorio de los derechos en nombre propio y de los pueblos colonizados se debe a representantes de la población afroamericana de los Estados Unidos, una población que puede entonces considerarse a sí misma, con sus buenas razones, en un estado afín al colonial. La delegación estadounidense, con la intervención decisiva de Eleanor Roosevelt, se encarga de cortocircuitar de raíz esta contribución afroamericana y, con ella, el

105. Hay títulos cuyo ensimismamiento conduce a proyectar la era de los derechos incluso más atrás en el tiempo como tradición europea o euroamericana (N. Bobbio, *Letà dei diritti*, Turín, Einaudi, 1990; L. Henkin, *The Age of Rights*, Nueva York, Columbia University Press, 1990). Mas no entraré ahora en debate con una literatura que, idealizando en vez de historizando, ni siquiera afronta las cuestiones que aquí se abordan.

concepto universal de los derechos. Si hablamos de personas, no es el único caso. Quienes pasan por progenitores de los derechos humanos con mayúsculas son quienes se conjuraron por bloquear los derechos humanos sin más. René Cassin convino en la discreción sobre el trabajo forzoso por no poner en riesgo el colonialismo. Con la Declaración Universal ya adoptada, son también sus víctimas las que vendrían a salvarla proyectando en ella la concepción de los derechos de alcance universal y en pie de igualdad. No son Naciones Unidas quienes imprimen universalidad. No por predicarse de *everyone* y de *all peoples*, de todos los individuos y de todos los pueblos, resultan universales los derechos.

No es una cuestión de personas, por supuesto. Los individuos no controlan el lenguaje de forma que puedan decir inclusión, significar exclusión y conseguir además anuencia. La complicidad que hace posible el efecto es previa y más de fondo. Los Estados de una parte no mayoritaria de la población mundial declaran los derechos para toda ella arrogándose no solo representatividad y capacidad de humanidad, sino también conocimiento y dominio de universalidad<sup>106</sup>. Proceden desde una posición no solo de dominación política, sino también y sobre todo de supremacismo cultural. Consideran que buena parte de la humanidad es acreedora a los derechos, pero incapaz de hacerse cargo sin la asistencia suya<sup>107</sup>. No entienden que haya culturas humanas en plural, sino una civilización en singular que ella, la verdadera minoría, la que se arroga representación y conocimiento, custodia y dispensa. He aquí unas bases culturales del derecho internacional de matriz europea y euroamericana que la Declaración Universal no pone en cuestión, pues las asume sin más reservas que las secundarias del desentendimiento entre Estados respecto a algunas de las formas, solo algunas, de tal supremacismo<sup>108</sup>. Lo hemos presenciado en los debates de la Declaración Universal.

106. Aunque el punto cuantitativo de la humanidad representada resulta muy secundario junto al cualitativo de la divisoria del colonialismo, de poco valdría un cálculo sin correctivos de bulto. Los Estados americanos no cabe decir que representasen a los pueblos indígenas, los cuales además en alguno de entre ellos constituyen mayorías, aunque se les dijese minorías, como tampoco al contingente afroamericano. De toda África solo concurrían Liberia, Etiopía, Egipto y un Estado tan poco africano como es entonces la Unión Sudafricana. El representante de China lo es del Gobierno que está perdiendo la guerra civil y retrayéndose a Taiwán. El de Líbano es un maronita profesamente cristiano. Por último pero no lo último, ¿cómo se mide la representatividad de cada Estado respecto a la población asentada entre sus fronteras, en parte por entonces sin derechos reconocidos de ciudadanía o con su ejercicio frontalmente impedido?

107. A. Pennycook, *English and the discourses of Colonialism*, Londres, Routledge, 1998; S. H. Alatas, *The Myth of the Lazy Native: A Study of the Image of the Malays, Filipinos and Javanese from the 16th to the 20th Century and Its Function in the Ideology of Colonial Capitalism*, Londres, Frank Cass, 1977 (ed. orig., 1988).

108. Véase una serie de volúmenes todos ellos de Cambridge University Press: E. Keene, *Beyond the Anarchical Society: Grotius, Colonialism, and Order in World Politics* (2002);

Es el supremacismo dominante, la forma más colonial, lo que motiva que la Declaración Universal guarde silencio sobre pueblos y minorías. El derecho de los pueblos se añade, como derecho humano, en 1960 y, como derecho humano necesario para todo el resto de los derechos humanos, en 1966, cuando también se produce el añadido del derecho de las personas pertenecientes a minorías. Las distinciones no desaparecen porque en 1948 se haya dispuesto que no las hubiera. Muy al contrario, se incrementan por el propio desarrollo de los derechos humanos. La misma proscripción de cualquier distinción se ha producido sobre la base de la discriminación entre pueblos con derecho, los que cuentan con Estados, y pueblos sin ellos o que carecen de cualquier posibilidad reconocida y respetada de autogobierno doméstico y concurrencia internacional. El modo como se registra en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos el derecho de las personas pertenecientes a minorías, y no además, complementariamente, de las minorías mismas, ya hemos visto que resulta bien expresivo. Por la forma como se procede, la adición de sujetos no supera por sí misma una base de partida de discriminación y hasta de exclusión.

De quienes pertenecen a las llamadas minorías se dice lo que no se necesita decir del resto, esto es algo tan elementalmente humano como que se tiene derecho al propio lenguaje, a la propia religión y a la propia cultura. Si no se dice esto sobre nadie en la Declaración Universal es por un par de razones complementarias entre sí, y esto es porque, con carácter general, resulta un derecho llanamente incompatible con el colonialismo y, en su alcance particular para quienes cuentan con Estado propio, no hay necesidad de que se asuma el riesgo de declararlo internacionalmente, pues basta entonces con la garantía doméstica. De hecho, durante los trabajos preparatorios, la propuesta del derecho a la propia cultura con alcance general se propone y es rechazada de plano. La contraposición ya activada entre un bloque encabezado por los Estados Unidos y otro presidido por la Unión Soviética, pese a lo mucho que compartían bajo cuerda respecto a la neutralización internacional de los derechos, es un estorbo notable para ninguna clarificación<sup>109</sup>.

M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960* (2002); P. Keal, *European Conquest and the Rights of Indigenous Peoples: The Moral Backwardness of International Society* (2003); A. Anghie, *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law* (2005); y añádase M. Mazower, «An International civilization? Empire, internationalism and the crisis of the mid-twentieth century»: *International Affairs*, 82-3 (2006), pp. 553-566.

109. J. Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights*, pp. 274-275. La propuesta es soviética, como alternativa a las que solo se referían a minorías: «Toda persona tiene derecho a su cultura étnica nacional con independencia de que pertenezca a una minoría o a la mayoría de la población» (traducción mía).

O puede que resulte una suerte providencial para el logro del empeño común, no el de los derechos, sino el de su reducción a un factor de propaganda ideológica. Porque una parte se oponga de modo frontal al colonialismo más patente, abriendo con ello la posibilidad de consideración de derechos como el de libre determinación o también el de la propia cultura, no por ello deja de latir y operar un supremacismo de fondo en común. La parte que se opone al colonialismo realmente mantenido, frente a las propuestas yugoslava y soviética, por el parágrafo segundo del artículo segundo, no interpone un voto en contra, sino que tan solo se abstiene, como bien sabemos.

Ambas partes hacen uso del llamado derecho del enemigo, *Feindrecht*. La misma expresión adviértase que tiene un deje supremacista. Se la utiliza como si no pudiera ser equívoca; como si no cupiese diferencia entre un derecho destinado al enemigo y un derecho perteneciente al enemigo, comenzándose por el derecho de todos los individuos, de cualquier forma que se les considere, a los derechos humanos y sus consiguientes garantías; como si tan solo fuera concebible el primero, el derecho precedente antes del imperio y luego del Estado, o de unos Estados determinados. Sobran signos de persistencia poscolonial del supremacismo que impide la igualdad en derechos. La expresión puede ser superflua, por supuesto<sup>110</sup>. En rigor, no hace falta para que opere ni tampoco para que se la perciba y denuncie, bien que esto último solo suele producirse respecto a casos graves siempre, pero comparativamente episódicos<sup>111</sup>.

110. Para la debida constancia, en inglés sigue sin necesitarse la equívoca expresión de *enemy law* (se tiene ahora la más limitada y ocasional de *enemy combatant law*) (C. Stafford Smith, *The Eight O'clock Ferry to the Windward Side: Seeking Justice in Guantanamo Bay*, Nueva York, Nation Books, 2007); ni se la tiene para prestarse testimonio desde el mismo estado mayor (J. Goldsmith, *The Terror Administration: Law and Judgment Inside the Bush Administration*, Nueva York, W. W. Norton, 2007).

111. Contra el *enemy combatant law* y sin advertir sus raíces, se significa Ronald Dwor-kin, *The Supreme Court Phalanx: The Court's New Right-Wing Bloc*, Nueva York, New York Review, 2008, y «Why It Was a Great Victory»: *New York Review of Books*, 55-13 (2008), pp. 18-21. Con anterioridad, se ha hecho uso de la expresión de *Feindrecht* no para el colonialismo y el supremacismo, sino para unas determinadas modalidades, las del nazismo y el antisemitismo (H. M. Broker y M. R. Lang [eds.], *Fremd im Eigenen Land. Juden in der Bundesrepublik*, Fráncfort M., Fischer, 1979, p. 149). En comparación con Alemania, Italia o España, que han sufrido dictaduras en carne propia, en los medios anglosajones resulta más difícil de captar el solapamiento de todo un derecho de fondo contra el enemigo. En todo caso, se hable de *War on Terror* o de *Feindstrafrecht*, ya solo la terminología belicosa degrada el orden penal (J. Forman Jr., *Exporting Harshness: How the War on Crime Has Made the War on Terror Possible*, 2008) <http://lsr.nellco.org/georgetown/fwps/papers/78> (Georgetown Public Law Research Paper n.º 1242154). Con buen criterio, Pietro Costa ha convocado a tratar de los *diritti dei nemici* y no del *diritto del nemico*, entre lo que media más diferencia que por el plural y el singular.

## 2. Pueblos, minorías, mujeres, menores...

El derecho de los pueblos siempre ha estado presente en el orden internacional de los derechos humanos, solo que en la Declaración Universal de forma solapada y además con alcance reservado a la verdadera minoría de la humanidad, la de cultura supremacista<sup>112</sup>. No es cierto lo que suele todavía repetirse de que la Declaración se atenga en rigor a libertades de carácter individual. Su propio debate pone de manifiesto hasta qué punto entran en liza derechos de los pueblos y de las llamadas minorías, así como se tiene entonces constancia de la alternativa que supone el silencio final al respecto. La Declaración implica ante todo que solo algunos pueblos cuentan con el acceso al mundo de los derechos. Cuando en 1960 formalmente se declara y en 1966 solemnemente se revalida que *all peoples*, todos los pueblos, tienen derecho y el mismo derecho, el detalle de que esté aún abstrayéndose un buen número de entre ellos, los llamados indígenas, guarda al menos una lógica que proviene de 1948. En la vía del párrafo segundo del artículo segundo de la Declaración Universal, resulta una nueva cláusula de inclusión sobre supuestos de exclusión, una cláusula en parte insuficiente y en parte incapaz a los efectos de cancelar la discriminación misma a la que hace referencia, la que media entre pueblos.

El problema para los derechos humanos no es, en efecto, la distinción, sino el qué y el cómo. Si se proscribe la discriminación entre hombre y mujer, está sentándose un canon de igualdad. ¿Qué ocurre si se añade la distinción entre menores y adultos, entre la niñez y la adolescencia de una parte y la mayoría de edad de otra? Es lo que hace en 1959 la Declaración de los Derechos del Niño, a cuya distinción procede, no para garantizarles derechos, sino para confiarlos a una autoridad, regularmente la familiar, sin cautelas siquiera de que la misma no recaiga exclusivamente en el padre. Al cabo del tiempo, en 1989, habrá de venir una Convención de los Derechos del Niño que, aunque no lo confiese, no desarrolla, sino que rectifica dicho planteamiento nugatorio del ejercicio de derechos por niños, niñas y adolescentes, cuya distinción se seguirá, desde luego, manteniendo, pero no para denegarles derechos, sino para capacitarles mediante su práctica<sup>113</sup>. Importa el cómo tanto como el qué de la distin-

112. T. Edwards, «The ILO and Post-War Planning for the African Colonies»: *The Crisis* (revista mensual de la National Association for the Advancement of Colored People), 51-7 (1944), pp. 218-220, arguyendo a partir de una elemental constatación, elemental para ella, pues no para las inminentes Naciones Unidas (o ya existentes, pues así se autodenominan las potencias aliadas que, sin solución de continuidad, pasan el nombre a la organización internacional): «Minoría racial no es el término apropiado para un contingente que alcanza a tres cuartas partes de la población mundial» (citado por P. M. von Eschen, *Race Against Empire*, p. 48).

113. Ph. Alston (ed.), *By the Best Interest of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 1994; G. van Bueren, *The Internatio-*

ción a fin de que efectivamente suponga garantías de no discriminación y no lo contrario.

La distinción implica siempre un riesgo que no siempre se controla. Recordemos lo que hemos visto sobre la degradación de los derechos de las mujeres en el primer momento significativo de reconocimiento específico de sus derechos humanos, el de la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer. Una distinción que parece tan evidente como que la de minoría de edad corre también sus riesgos y además no solo en perjuicio de niños, niñas y adolescentes. Se la ha tomado como forma de denegación de derechos que en tiempos coloniales se extendió a enteros pueblos indígenas, a verdaderas mayorías en sus propios territorios, considerando vitaliciamente a sus individuos como menores. La mayoría de edad se podía alcanzar, pero precisamente por el abandono de la cultura propia y adopción de la dominante. De ahí procede el mismo término de minorías para contingentes de población que no se identifican, como hemos podido apreciar, por razones de carácter cuantitativo, sino por la diferencia de su cultura respecto a la dominante. Y todo ello puede mantenerse no solo en unos primeros tiempos constitucionales, sino incluso bajo la Declaración Universal de los Derechos Humanos y conforme a su cláusula colonial. En fin, no hay distinción que no ponga en riesgo derechos y que no requiera, por ende, escrutinio cuidadoso y control estrecho. Conviene ante todo aguzar la vista ante la distinción a favor de los sujetos de cultura dominante que, a fuer de arraigada, puede todavía fácilmente pasar desapercibida<sup>114</sup>.

Más compleja y delicada resulta aún la distinción misma de las minorías, una categoría por sí misma degradatoria, pero que ha venido a representar, desde 1966 en el orden internacional de los Derechos Humanos, un relativo reconocimiento y hasta una cierta garantía. Es categoría de entrada confusa, nada transparente. Pugnándose a su favor, en el mismo debate de la Declaración Universal se hace algún intento de clarificación, distinguiéndose entre minorías *históricas* o *nacionales* y minorías sobrevenidas, como las resultantes de desplazamientos o de inmigraciones, cuyas respectivas aspiraciones de derechos, tanto en la forma como en el alcance, pueden diferir bastante. Pueden hasta resultar claramente contrapuestas entre las primeras, las *históricas* en territorio propio, y parte al menos de las últimas, aquellas que son producto de emigración voluntaria<sup>115</sup>.

*nal Law on the Rights of the Child*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995; E. Verhellen (ed.), *Monitoring Children's Rights*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1996.

114. Como buena prueba de cargo, I. Katznelson, *When Affirmative Action Was White: An Untold Story of Racial Inequality in Twentieth-Century America*, Nueva York, W. W. Norton, 2005.

115. J. Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights*, pp. 276-277. La clarificación es de procedencia belga, bien que sobre la base confusa de entender que el asunto de

Luego ha venido la distinción de los pueblos indígenas, desgajándose de las minorías, y algún detalle más. Habrá podido observarse que la Derechos de las Personas Pertencientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas o Lingüísticas ha añadido el adjetivo de *nacionales* a las calificaciones del artículo que desarrolla del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el 27, así como también, lo que no es casualidad, una significativa matización al principio de no discriminación. Se avanza en una clarificación que en 1948 se rechazó, pero el concepto de minoría sigue siendo una categoría heterogénea, de sentido residual, pudiendo propiciar, según los casos, tanto el amparo como el desamparo de derechos. ¿Y qué decirse de la cara más oculta? Me refiero a la discriminación de pueblos o de ciudadanías entre sí. Pues que también depende. Resultará inversamente proporcional no solo a la propia restricción, sino también a variables tan pronunciadas como la trabazón cultural o la articulación política del pueblo o de la ciudadanía del caso, o como el tracto de derecho que se tenga sobre el respectivo territorio. La historia, de estar viva en un trazado de fronteras, es clave para el propio derecho. La mayor discriminación la producen ciudadanías directamente herederas del colonialismo respecto a pueblos indígenas del mismo territorio<sup>116</sup>.

En todo caso, si la proscripción de la discriminación entre quienes se formula es entre las ciudadanías de los Estados de una parte y, de otra, quienes están sometidos a regímenes de limitación de la propia determinación, llámense los como se quiera, lo que está es no solo propugnándose una igualdad de hecho imposible, sino también y sobre todo avalándose la discriminación de base, una discriminación establecida por el propio derecho internacional, entre una parte de la humanidad y otra, entre la que declara y la que recibe los derechos humanos. El efecto puede ser todavía más insidioso. Si se proscribiera la discriminación entre razas o, dígame también, etnias, cabe que se esté favoreciendo y hasta fomentando exactamente lo contrario respecto a quienes se entiende que se caracterizan por su raza o por su etnia, los afroamericanos, por ejemplo, pero no los euroamericanos que suelen decirse americanos sin prefijo étnico. Raza es lenguaje de la Declaración Universal y etnia del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. El remedio no parece que lo ofrezca el afinamiento de las fórmulas de no discriminación, sino el afianzamiento directo y en pie de igualdad de los derechos y las garantías, también y sobre todo de esto segundo.

las minorías interesa a América y Europa, y que resultan características de la primera las de inmigración y de la segunda, las históricas.

116. Como muestra palpable, A. D. Moses (ed.), *Genocide and Settler Society: Frontier Violence and Stolen Indigenous Children in Australian History*, Nueva York, Berghahn, 2004. Cabe añadir casos de herencia colonial más compleja (L. Veracini, *Israel and Settler Society*, Londres, Pluto, 2006).

Si se asegura y no solo se declara, por ejemplo, el derecho a la propia cultura, ¿qué necesidad perentoria hay de formular un principio de no discriminación entre indígenas y no indígenas o entre cualquier grupo de entidad propia y todo el resto? Si el derecho a la cultura se extiende en su caso, como debe, al derecho a la cultura material, esto es, no solo a la gestión del propio espacio, sino también al provecho de los recursos, ¿qué conveniencia habría de discriminación de tipo positivo o afirmativo, la que se activa en beneficio de la parte en peores condiciones actuales? Si se reconoce y hace efectivo el derecho no solo a la devolución política, sino también a la reparación económica por los daños que produjera el colonialismo y aún sigue severamente pesando con secuelas de toda índole, ¿qué bien haría ninguna política de distinción descompensada en beneficio de nadie? La discriminación negativa es atropello de derechos y la discriminación positiva es tan solo un mero paliativo de ese mismo atropello además de, en medios supremacistas, una eficaz forma de cooptación por la cultura dominante. Si son los cabales y resultan efectivos, los derechos bastan<sup>117</sup>.

### 3. *No se hará distinción alguna*

La distinción entre individuos implicándola entre colectivos se sienta de entrada por los propios Estados asumiéndola Naciones Unidas desde la misma Declaración Universal o con anterioridad, desde su Carta al formularse el principio de no injerencia. El debate habido entonces sobre las políticas racistas de inmigración resulta bien expresivo. Otras implicaciones no se discuten, pues no hay Estados interesados en suscitadas. En consecuencia, el principio de no discriminación de la Declaración Universal responde a medida de Estado, mientras que los derechos podrían hacerlo, en teoría, a principio de humanidad. Incluso así, en la enunciación internacional, la no discriminación se entiende que como cobra valor es en el seno de cada ciudadanía, con lo cual no solo admite la discriminación entre ciudadanías, sino que también promueve la ignorancia y provoca el atropello de los derechos, por muy humanos que sean, inconvenientes para la construcción de la respectiva ciudadanía. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos se han encargado de dejar paladinamente establecido este entendimiento. Guatemala, Nigeria y Malasia nos

117. R. L. Brooks (ed.), *When Sorry Isn't Enough: The Controversy over Apologies and Reparations for Human Injustice*, Nueva York, New York University Press, 1999; E. Barkan, *The Guilt of Nations: Restitution and Negotiating Historical Injustices*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2000; A. M. Babkina (ed.), *Affirmative Action: An Annotated Bibliography*, Nueva York, Nova Science, 2004.

han mostrado que el principio de no discriminación entre individuos puede resultar un eficaz mecanismo de cancelación de los derechos de pueblos. Y la medida de Estado puede siempre facilitar la restricción de la no discriminación respecto a individuos<sup>118</sup>.

La individualidad de los derechos sin distinciones puede generar efectos diametralmente opuestos según y cómo se contemplen y pongan en práctica los derechos mismos. El derecho, por ejemplo, a la propia cultura es ante todo, por supuesto, individual. Bajo el principio de no discriminación suele entenderse en términos de derecho a la cultura del Estado, asignándosele a este el cometido de hacerlo efectivo por medio de la educación o por otros medios si quiere evitar que se produzcan discriminaciones en el seno de la propia ciudadanía. Con dicho fin, llega en casos a entenderse más estrictamente como el deber de imponer un sistema de educación obligatoria. Solo así se garantizaría el derecho humano de acceso a la cultura al tiempo que se propiciaría la igualdad en el seno de la ciudadanía. Por lo que ahora interesa, adviértase que es, entonces, el Estado el que entiende el derecho a la cultura como un derecho de carácter primariamente colectivo. Lo es también por supuesto y como premisa para el ejercicio efectivo del derecho individual, pero caben otras formas incluso más humanas de entenderlo. El derecho a la cultura comienza por la cultura que se tiene por crianza y no a ninguna impuesta. La cuestión no se plantea entre derechos colectivos y derechos individuales, sino entre la forma de concebirlos y conjugarlos<sup>119</sup>.

La misma Declaración Universal de Derechos Humanos como derechos individuales en términos de indistinción resulta en sí discriminatoria si se realiza sobre la base mantenida de una situación de colonialismo o, más extensiva y profundamente, de supremacismo. La falacia más in-

118. Ya me he referido a un indicio casero, el de lo que fue la eliminación deliberada en 1978, entre los motivos de discriminación expresamente proscritos por la Constitución española, de un factor tan directamente discriminatorio cuando no se reduce a un alias sin trascendencia jurídica como lo sea la nobleza y el escándalo del aval incondicional por el Tribunal Constitucional en 1997: B. Clavero, «Sexo de derecho, acoso de justicia (Comentario de 'jurisprudencia')»: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 52 (1998), pp. 189-217. Habría que poner, por supuesto, al día el escrutinio de todos los factores potencialmente discriminatorios con independencia de que la Constitución los mencione o no. El mayor pudiera ser el de la denegación masiva del derecho a la tutela judicial efectiva a víctimas de la dictadura franquista por efecto de la ley de amnistía de 1977 que fuera en realidad de punto final.

119. En el contexto que más ayuda a la constatación, R. J. Perry, ... *From Time Immemorial: Indigenous Peoples and State Systems*, Austin, University of Texas Press, 1996, p. 243: «Apelaciones a la democracia, a la igualdad ante el derecho, a la supremacía del individuo, etc., sirven como racionalizaciones rampantes de política destinadas a la disolución de grupos». Puedo añadir B. Clavero, *Why are only indigenous peoples internationally entitled to a specific right to their own culture?*, conferencia en el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Columbia: <http://hrcolumbia.org/indigenous/lecture-columbia-1-21-09.pdf>.

sidiosa que ha generado el silencio deliberado de la Declaración Universal sobre el derecho de los pueblos y de las llamadas minorías es la presunción bien extendida en medios todavía supremacistas de la individualidad necesaria y exclusiva de los derechos humanos con indiferencia para el contexto en el que esto se predica. Por supuesto que, en rigor, los *rights*, los derechos, son de carácter individual. Lo son todos los derechos, no solo el derecho a la propia cultura, por supuesto. Estrictamente, es el individuo y no colectivo alguno el único sujeto de los derechos que la humanidad sin más y por sí misma reclama. Habría bastado, por ejemplo, con declarar en 1948 el derecho de todo individuo a la propia cultura con sus consecuencias cancelatorias de colonialismo y supremacismo para que se hubiera ahorrado toda una historia de distinciones a partir del principio de proscripción de la distinción misma.

La trayectoria de la no discriminación ha podido también contribuir, desde luego, a facilitar el acceso de todo ser humano a mejores condiciones para gozar de los derechos realmente humanos. Ante la persistencia de fuertes factores discriminatorios, no está fuera de lugar que los mismos se tomen en cuenta como elementos de distinción para políticas que no solo garanticen derechos dados, sino que también promocionen derechos debidos. Indudablemente, la historia del derecho y el derecho mismo resulta que encierran más complejidad que la filosofía de los derechos. Entre personas, pueblos y otros grupos, hay variables y caben posibilidades en términos de derechos a ras de tierra que en las nubes no se pueden ni imaginar. Entre principios definitivamente no equivalentes como igualdad y no discriminación, pese al tenor original de los dos primeros pronunciamientos de la Declaración Universal (su artículo primero y el primer párrafo del segundo), incluso en Naciones Unidas los organismos de Derechos Humanos comienzan a hacerse cargo<sup>120</sup>.

Desde que, con bastante anterioridad a los Derechos Humanos, las cláusulas de no discriminación comenzaron a usarse en el derecho internacional de una forma por entonces pronunciadamente desigualitaria<sup>121</sup>, solo han hecho dilatarse e incrementarse por los instrumentos constitucionales de Estado como mecanismo puesto al servicio del principio de igualdad, cual paso obligado para alcanzarse las condiciones que realmen-

120. W. Vandenhole, *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, Amberes, Intersentia, 2005. Puede compararse O. M. Arnardóttir, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, La Haya, Martinus Nijhoff, 2003.

121. C. Fink, *Defending the Rights of Others*, pp. 3-38, respecto a alguna primera aparición durante el siglo XIX en tratados impuestos por potencias europeas conteniendo cláusulas interesadas de no discriminación que ni se aplicaban a sí mismas ni pretendían en absoluto que se generalizasen, como sería también posteriormente la pauta para la Liga de Naciones.

te la permitan. La acumulación de factores discriminatorios para asegurarse la no discriminación puede llegar a parecer exasperada, pero también cobrar sentido en el medio donde se produce<sup>122</sup>. Nada de esto exime del escrutinio factor por factor, remedio por remedio. El principio de no discriminación ha de ser siempre subsidiario del de igualdad en derechos. Como tal habrá de motivarse en teoría y justificarse en la práctica. Cuando, en 2007, Naciones Unidas adopta la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no es por reconocerles ninguno como privativo, sino exactamente por lo contrario, porque los individuos y los pueblos que así se califican gocen por fin, tras la historia vista de los derechos humanos, de los mismos derechos que el resto, inclusive el derecho a la propia determinación política, económica, social y cultural.

«No se hará distinción alguna» (*No distinction shall be made*), he aquí la clave, una clave definitivamente tan incuestionable en sí misma para los derechos humanos como problemática en su aplicación a los derechos humanos, los del planteamiento y desenvolvimiento de la Declaración Universal. Distinciones entre individuos existen que no se ponen en cuestión o que incluso, según hemos visto, se avalan por los derechos humanos, como la que media entre ciudadanías de unos y otros Estados, o distinciones que han sido no menos asumidas por la Declaración Universal, como las entonces existentes entre sujetos metropolitanos y sujetos coloniales, entre descendientes de colonizadores y gentes indígenas o también, aunque solo se manifieste en el desarrollo de los derechos humanos con posterioridad, entre quienes se identifican con la cultura de un Estado y quienes lo hacen con culturas propias de las llamadas minorías...

En estas condiciones, la indistinción de la universalidad en abstracto puede conservar y alimentar, multiplicar y potenciar efectos discriminatorios y hasta excluyentes de toda índole. Algo enseña el escrutinio de la historia a la prudencia del derecho.

122. Ilustra bien últimamente, en 2008, la nueva Constitución del Ecuador, art. 11.2: «Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad»; pueden todavía añadirse los artículos 35 y 156. De esta Constitución veremos más en el capítulo 3.

## CLÁUSULA COLONIAL Y ALGUNA OTRA CONTRARIEDAD PARA LA HISTORIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

### I. DESCOLONIZACIÓN Y EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Para una reflexión acerca del derecho internacional de los derechos humanos y su historiografía tomo como base de partida una publicación sobre *Descolonización y evolución de los Derechos Humanos internacionales* que no solo interesa a la relación entre los dos elementos que anuncia, sino también a su respectiva naturaleza y, muy en particular, a la entidad de los derechos humanos en un mundo que aparentemente les es inhóspito por la diversidad de culturas con valores dispares que alberga<sup>1</sup>. Procedamos.

#### 1. *Descolonización y derechos humanos*

*Descolonización y evolución de los Derechos Humanos internacionales* (*Descolonización y Derechos Humanos* en adelante) es el título de un libro cuyo orden de factores importa al producto. Su autor es Ronald Burke. Trata, no de la incidencia de los derechos humanos proclamados por Naciones Unidas en 1948 sobre el subsiguiente proceso de descolonización solo parcialmente conducido por la misma organización internacional desde 1960, sino de la misma relación en sentido inverso, del impacto en los derechos humanos de esa descolonización no controlada en principio por Naciones Unidas. Hubiera sido interesante tratar del par de factores en términos de interactividad incluso para analizar y evaluar el impacto unilateral de la descolonización sobre los derechos humanos en el escenario de la relación entre la proclamación de los segundos, unos derechos presuntamente universales, y la primera, una descolonización

1. R. Burke, *Decolonization and the Evolution of International Human Rights*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2010; *Decolonization and Human Rights* en adelante.

tampoco exactamente universal. No haberlo hecho así permite el abordaje del proceso descolonizador como un elemento extraño al imperativo de los derechos humanos, lo que unas conclusiones podrán venir entonces precisamente a recalcar, dándolo por demostrado. En todo caso, la aportación que se ofrece entre premisas quizás unilaterales y resultas tal vez preconcebidas —quizás y tal vez, pues habrá de comprobarse— es realmente sustanciosa. Merece tomarse en consideración y contrastarse. Aun con problemas de fondo, *Descolonización y Derechos Humanos* es la mejor investigación académica existente sobre el juego de dicho orden de factores entre los años cincuenta y setenta del siglo pasado, con este término de cierre que pudiera a su vez resultar prematuro para la entidad del asunto. A las comprobaciones vamos<sup>2</sup>.

*Descolonización y Derechos Humanos* sustancialmente se ocupa con detalle y agudeza de Bandung y de Teherán, de las dos grandes conferencias internacionales que tuvieron como sede dichas ciudades en los años 1955 y 1968, respectivamente, y de su diverso y hasta contrapuesto signo en relación a los derechos humanos: el de Bandung halagüeño y el de Teherán deplorable. Con solo esto y con bastante fundamento, ya se cambia la perspectiva historiográfica imperante sobre ambos acontecimientos. La Conferencia de Bandung, que impulsó un movimiento de Estados asiáticos y africanos no alineados ni con los Estados Unidos ni con la Unión Soviética, se tiene usualmente por esencial para la historia de la descolonización, pero no en cambio para la evolución de los derechos humanos; mientras que la Conferencia de Teherán, pues fue la primera oficial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos con la descolonización ya asumida por las mismas y en franco progreso, se tiene como un hito relevante para la universalización efectiva de los derechos humanos. Según *Descolonización y Derechos Humanos*, a Bandung, más incluso que a la Declaración de 1948, se debe la posibilidad misma de universalización de los derechos humanos, mientras que Teherán sencillamente la bloqueó. Lo hizo fundamentalmente con el recurso a la idea de diversidad irreductible de las culturas humanas que, según siempre *Descolonización y Derechos Humanos*, dejara lastrado prácticamente hasta hoy el derecho internacional, solo con todo potencialmente universal, de los derechos humanos, así como a las propias instituciones de Naciones Unidas que se ocupan de los mismos.

*Descolonización y Derechos Humanos* en último término se resuelve en una requisitoria contra la multiculturalidad tanto de elaboración aca-

2. En plural ya de entrada porque, aparte la compañía y la inteligencia eventualmente añadidas por la lectura, he contado para este capítulo con la revisión y el comentario de Luis Rodríguez-Piñero y Sebastián Martín. De los posibles errores debo responsabilizarme, por supuesto, siempre en exclusiva.

démica como de empleo político. La primera apenas la discute porque entiende que su dimensión práctica se reduce a lo segundo, a un aprovechamiento político por parte, en concreto, de dictaduras que han encontrado un buen blindaje en el argumento de que los derechos humanos no son universalizables porque las culturas humanas son irreductibles. Frente a la ilusión académica, que suele hoy vincular el multiculturalismo con la defensa de comunidades postergadas, el mismo, según *Descolonización y Derechos Humanos*, solo serviría en la práctica como coartada de la tiranía. El multiculturalismo sería responsable de todos los intentos de reclusión de los derechos humanos en una sola de las culturas, la entonces tachada como *occidentalista* y demonizada como imperialista, para dejar las manos libres a todo tipo de iniquidades y atrocidades por otras latitudes. Tal signo siniestro de la multiculturalidad sería, frente al de Bandung, el de Teherán, el de la primera Conferencia de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos que los dejaría lastrados de forma aparentemente irremisible hasta hoy. Tal es la narrativa y las conclusiones de *Descolonización y Derechos Humanos*.

Bandung se convoca en unos tiempos en los que, de una parte, la descolonización, no asumida todavía por las Naciones Unidas, es aventura e incierta, y en los que, de otra parte, los derechos humanos distan de tomarse como base de un nuevo orden internacional. La convocatoria miraba a lo primero, no a lo segundo, y es respecto a lo primero, a la descolonización, de acuerdo a lo que se la viene valorando de una forma o de otra. En la conferencia se dio una firme oposición a plantear la descolonización en términos de derechos humanos mediante la inclusión entre los mismos del derecho a la libre determinación. La encabezaba un Estado que no había participado en la elaboración de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que no pertenecía ni tenía por entonces perspectivas de acceder a las Naciones Unidas y que defendía la descolonización frente tanto a los Estados coloniales como a la misma organización internacional, la cual todavía, antes de 1960, reiteremos, no había adoptado una política descolonizadora. Se trata obviamente de la China continental, la República Popular. Había habido una destacada participación de dicha procedencia en la confección de la Declaración, pero por representación de la China finalmente recluida en la isla de Taiwán<sup>3</sup>. A lo que ahora nos interesa, existía un fuerte movimiento a favor de la contraposición entre la descolonización de los pueblos, de una parte y, de otra, los derechos humanos, entendidos estos como un mecanismo más del

3. Para cuanto interesa a la elaboración de la Declaración, lo que *Descolonización y Derechos Humanos* descuida para su objeto titular con resultados que veremos, J. Mor-sink, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting and Intent*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 1999.

dominio global de los Estados coloniales, pero la conferencia concluyó en el sentido contrario de formulación de la libre determinación de los pueblos como un derecho no en solitario, sino entre los derechos humanos y con esta calidad<sup>4</sup>.

Para *Descolonización y Derechos Humanos*, Bandung finalmente supuso un respaldo al universalismo de la Declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el universalismo que podía anteriormente cuestionarse por haber sido realizada en los tiempos iniciales de representatividad limitada de la organización internacional. Gracias a Bandung, a los Estados asiáticos y africanos allí reunidos en 1955, la Declaración ya sería reconocidamente universal. Por aquel tiempo, a mediados de los años cincuenta del siglo pasado, los Estados europeos secundados por los americanos estaban principalmente defendiendo una visión relativista de los derechos humanos como aspiraciones a las que todavía, esto es para ellos, hasta que la labor colonizadora no extendiese la propia civilización, no podía hacerse partícipes a los pueblos colonizados. Sus culturas, unas culturas que el colonialismo debía, si no erradicar, al menos moldear, lo impedirían. Por entonces, relativistas culturales serían los Estados *occidentales* y universalistas en derechos, *los otros*. ¿Tal es el escenario de Bandung, 1955?<sup>5</sup> La contraposición entre *The West and the Rest*, el *Occidente* y los *Otros*, representando el primero la universalidad de la que hizo dejación táctica y transitoria durante dichos años, atraviesa la narrativa de *Descolonización y Derechos Humanos*<sup>6</sup>.

Tras el impulso a la descolonización que supuso su asunción desde 1960 por parte de las Naciones Unidas en términos de derechos humanos, conforme a Bandung, Teherán fue en 1968, en el vigésimo aniversario de la Declaración, la primera Conferencia Internacional sobre los Derechos Humanos con una concurrencia de Estados que imprimieron un grado de representatividad del que habían carecido en sus tiempos

4. Para el contraste de la historiografía que no lo destaca, R. Burke, *Decolonization and Human Rights*, p. 14. P. G. Lauren, *The Evolution of International Human Rights: Visions Seen*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2003, p. 241, se había referido al logro del impulso a los derechos humanos en Bandung, pero sin identificación de posiciones encontradas ni mayor elaboración.

5. R. Burke, *Decolonization and Human Rights*, pp. 33-34, concluyendo el capítulo que le dedica a Bandung, el primero (pp. 13-34): «Human Rights and the Birth of the Third World: The Bandung Conference». Del mismo hubo un anticipo de título dispar: R. Burke, «The Compelling Dialogue of Freedom: Human Rights at the 1955 Bandung Conference»: *Human Rights Quarterly*, 28 (2006), pp. 947-965.

6. Es binomio de cierta difusión desde su acuñación en forma menos polarizada por Chinweizu, *The West and the Rest of Us: White Predators, Black Slavers, and the African Elite*, Nueva York, Random House, 1975. *Decolonization and Human Rights* nunca asume netamente la contraposición, pero la misma, en su modo polarizado, sostiene la narración imprimiéndole sentido.

fundacionales las propias Naciones Unidas<sup>7</sup>. Sin embargo, para *Descolonización y Derechos Humanos*, fue el momento de la involución por renuncia generalizada a la universalidad de los derechos con argumentos de relativismo cultural encubridores de regímenes dictatoriales. Tras la descolonización habida, el derecho de libre determinación se identifica con soberanía del Estado así blindado frente a un escrutinio internacional de los derechos humanos entendiéndose que cualquier otra cosa ofrece cauces de intromisión y reproducción del dominio de los antiguos Estados coloniales. No hay articulación de la libre determinación con las libertades individuales. Y no hay, con todo, principio de libertad individual siquiera. Esto habría ido ya al debe de la concepción *occidental* de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Derechos se siguen invocando, pero sobre el presupuesto bien sentado de que cada cultura humana puede tener su propio y distinto paradigma al respecto. En Teherán desaparece el horizonte de la universalidad o queda, con todo, seriamente hipotecado. Para *Descolonización y Derechos Humanos*, no parece buena idea declarar la libre determinación como derecho humano en 1960 y entronizarla luego, en 1967, como primer artículo de ambos Pactos Internacionales de derechos humanos, el de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Todos estos serían pasos en el camino hacia la debacle precipitada en Teherán<sup>8</sup>.

Según *Descolonización y Derechos Humanos*, ahora, tras la Conferencia de Teherán, los Estados *occidentales* habrían recuperado la buena posición de la universalidad de los derechos, lo que para *los otros* no sería sino la confirmación de que la Declaración era un arma de agresión imperialista para los tiempos poscoloniales. El debate de décadas, desde finales de los años sesenta, sobre el establecimiento de un Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que solo se acordaría, con facultades disminuidas por las fuertes resistencias, en 1993,

7. Para M. G. Schechter, *United Nations Global Conferences*, Abingdon, Routledge, 2005, pp. 19-27, Teherán, aunque no fuera la primera conferencia de Naciones Unidas y aunque hoy suela relegársela a nota a pie de página o a letra pequeña, fue la inaugural de las que tiene por globales.

8. R. Burke, *Decolonization and Human Rights*, pp. 109-111, concluyendo el capítulo que le dedica a Teherán, el cuarto (pp. 92-111: «'It is very fitting': Celebrating Freedom in the Shah's Iran, the First World Conference on Human Rights, Tehran 1968»), y abundándose en tales conclusiones en el capítulo 5 y último (pp. 112-144) elocuentemente titulado «'According to Their Own Norms of Civilization': The Rise of Cultural Relativism and the Decline of Human Rights». El capítulo de Teherán también tuvo anticipo de título no menos dispar: R. Burke, «From Individual Rights to National Development: The First UN International Conference on Human Rights, Tehran, 1968»: *Journal of World History*, 19 (2008), *New Histories of the United Nations*, pp. 275-296. Con base que luego se verá, hago explícitas conclusiones que, como en los cambios de títulos entre artículos y libro, *Descolonización y Derechos Humanos* a veces deja caer en forma un tanto elusiva, pero que entiendo claves para su entera narrativa.

reflejaría ese alineamiento final entre un sector, el *occidental*, pugnando por promover y garantizar derechos humanos, de una parte y, de otra, el de *los otros*, negándose entre estos, por la diversidad cultural de la humanidad, la misma premisa de que hubiera derechos humanos que promover y garantizar, y ofreciéndose así cobertura a todo tipo de regímenes flagrantemente atentatorios contra los derechos humanos. *Descolonización y Derechos Humanos* ofrece la impresión de que, liberados por fin del colonialismo, los antiguos Estados coloniales recuperan sus esencias universales. El multiculturalismo académico, si tuvo alguna vez algún mérito para campos como el de la antropología, se reduciría finalmente al triste papel de amable máscara encubridora de los regímenes lesivos para con los derechos humanos universales. Como ya se ha dicho, dicha tendencia académica merece aquí, en *Descolonización y Derechos Humanos*, descalificación genérica, pero no debate específico o ni siquiera mayor identificación. Se entiende que son las propias evidencias expuestas las que descalifican<sup>9</sup>.

## 2. *Derechos universalistas y colonialismo relativista*

La impresión más general o conclusiva que con todo se ofrece es la de que, aparte episodios pasajeros y afinidades intermitentes, fue fundamentalmente el *Occidente* en términos prosopopéyicos y en sentido cultural, no necesariamente geográfico, quien concibió un derecho universal de los derechos humanos y se hizo finalmente cargo del mismo tras superarse el largo episodio colonial, dilatado pero episódico. *Occidente* no sería en exclusiva Occidente desde el propio arranque de la elaboración de la Declaración Universal y la impronta occidental no lastraría, todo sumado, su vocación universalista. También ocurriría que, en momentos, *Occidente* habría ido contra Occidente, como en una primera fase del derecho internacional de los derechos humanos en la que aún pesaba severamente el colonialismo. La manifestación eminente de una tal hipoteca *occidental* habría sido el intento de introducción de la *cláusula colonial* en el mismísimo derecho internacional de los derechos humanos. He aquí, en la cláusula colonial, una clave para todo el asunto en la que convendrá de-

9. R. Burke, *Decolonization and Human Rights*, pp. 145-149, que es el capítulo de *Conclusion* general. El proceso de desapoderamiento creciente del ACNUDH a lo largo del dilatado debate, A. Clapham, «Creating the High Commissioner for Human Rights: The Outside Story», *European Journal of International Law*, 5 (1994), pp. 556-568, lo sintetizó bien: «De Fiscal General a Gran Coordinador». Respecto a la descalificación del multiculturalismo, aparte de que registre otras referencias, el comodín de contraste para *Decolonization and Human Rights* es A. Pollis, «Human Rights: A Western Construct with Limited Applicability», en A. Pollis y P. Schwab (eds.), *Human Rights: Cultural and Ideological Perspectives*, Nueva York, Praeger, 1979, pp. 1-18.

tenerse<sup>10</sup>. En la composición de *Descolonización y Derechos Humanos* se identifica bien este elemento, un elemento cuya significación y alcance, si se reintegra su contexto, puede ser muy superior a lo ahí expuesto.

*Descolonización y Derechos Humanos* advierte que, desde un primer momento de la entrada en discusión de una convención o tratado que viniera a asegurar las obligaciones internacionales asumidas por los Estados con los derechos humanos mediante la Declaración, lo que vino a ser al cabo de dos décadas el par de Pactos Internacionales, hubo Estados *occidentales*, encabezados en esto por Gran Bretaña, que propusieron la cláusula colonial, esto es, la dejación en manos de los Estados coloniales de la decisión sobre la exclusión, la modulación o la extensión de las correspondientes obligaciones respecto a las colonias. Para *Descolonización y Derechos Humanos*, esto supondría un paso atrás en relación al universalismo de la Declaración, universalismo que da por indiscutible y que nunca se detiene a fundamentar. El hecho es que la propuesta de cláusula colonial no conseguía prosperar, pero que los Estados coloniales no cejaban por entonces. Entendían explícitamente que la humanidad de las colonias no estaba preparada para los derechos humanos y que necesitaban la acción que ellos presumían benéfica del colonialismo para conseguir estarlo. A esto venía el relativismo cultural que entonces se predicaba desde *Occidente*. La consideración de culturas ajenas servía para no participar derechos que se entendían como patrimonio de la cultura propia. La Declaración de los Derechos Humanos, universal y todo, no había servido ni siquiera para cuestionar esta visión supremacista entre los Estados *occidentales*; pero ese es un punto que, como ya he dicho, *Descolonización y Derechos Humanos* no afronta, dando siempre por hecho el universalismo de la Declaración tenida ya entonces por universal<sup>11</sup>.

10. Afectando igualmente a derechos, existe también la práctica de la cláusula colonial en el derecho constitucional (por ejemplo, tempranamente, Constitución francesa de 1791, en art. 8 del Tít. VII: «Las colonias y posesiones francesas en Asia, África y América, aunque formen parte del Imperio francés, no están comprendidas en la presente Constitución»), pero este es un capítulo del que no se ocupan *Decolonization and Human Rights* ni estas páginas. En el caso británico no se da al efecto distinción neta entre derecho constitucional y derecho internacional: P. G. McHugh, *Aboriginal Societies and the Common Law: A History of Sovereignty, Status, and Self-determination*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 62.

11. R. Burke, *Decolonization and Human Rights*, pp. 114-121; para encuadramiento de las posiciones británicas sobre la cláusula colonial, A. W. B. Simpson, *Human Rights and the End of Empire; Britain and the Genesis of the European Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 288-291, 476-477 y 830-844; sobre el juego ulterior a favor sustancialmente de la diáspora británica junto a sectores cooptados de población aborígen, C. O. H. Parkinson, *Bill of Rights and Decolonization: The Emergence of Domestic Human Rights Instruments in Britain's Overseas Territories*, Oxford, Oxford University Press, 2007. La misma diáspora segunda en Naciones Unidas: A. Devereux, *Australia*

La presunción universalista de la Declaración se pone en evidencia por la forma como *Descolonización y Derechos Humanos* trata la constancia de que René Cassin, uno de los padres putativos de la Declaración Universal, estuviera entre quienes defendieron la inclusión de la cláusula colonial en la convención que habría de desarrollarla y asegurarla. Se nos dice que habría sido un paso atrás desde sus posiciones universalistas de cuando contribuyó a la Declaración hacia una postura relativista constreñido por sus obligaciones como representante de la potencia colonial que seguía siendo Francia. Mas el caso es que René Cassin había echado una mano en el mantenimiento del colonialismo bajo la Declaración, tanto da si por convicción personal, por deber diplomático o por ambos factores, aceptando que la prohibición de la esclavitud no se extendiera a la del trabajo forzoso tan usual en las colonias y además como método que se pretendía de disciplina civilizatoria<sup>12</sup>. El relativismo ya podía agazaparse en el universalismo trucado de la Declaración. Como está advertido, *Descolonización y Derechos Humanos* parte de ella sin entrar en su consideración y dando por acreditado un universalismo para cuyo cuestionamiento habría de bastarle un dato tan a la vista como el de la posibilidad de cláusula colonial bajo la propia Declaración, en su desarrollo, como si la misma la permitiese.

Tal dato tiene ese alcance de cuestionar por sí solo el universalismo de la Declaración Universal. No cabe decir que la cláusula colonial podía proponerse no porque la misma lo permitiera, sino porque carecía de un carácter vinculante, porque no obligaba lo mismo que un tratado o convención de derechos humanos. De cualquier modo que se entendiese su grado de vinculación, la Declaración era una norma de derecho internacional y, como tal, había de presidir la propia concepción de dicha convención, lo que luego serían los dos Pactos Internacionales, y de todo otro instrumento internacional sobre derechos humanos. Si, tras la Declaración, se propone la cláusula colonial es porque se entiende que bajo la misma cabe o que no se encuentra proscrita por ella, como hubiera evidentemente ocurrido si hubiese registrado entre los derechos humanos el derecho a la libre determinación de los pueblos. Inmediatamente tras la Declaración y para su puesta en práctica mediante una convención, el caso es que se pudo proponer la cláusula colonial, tal como si esta estuviera todavía permitida, incluso respecto a derechos humanos, o no chocase así con aquella, con la Declaración.

*and the Birth of the International Bill of Human Rights, 1946-1966*, Annandale, The Federation Press, 2005, pp. 143-174, aun en términos complacientes.

12. R. Burke, *Decolonization and Human Rights*, pp. 114 y 117; para la corrección, además del capítulo anterior, G. Sluga, «René Cassin: Les droits de l'homme and the Universality of Human Rights, 1945-1966», en S. L. Hoffmann (ed.), *Human Rights in the Twentieth Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 107-124.

El intento está dicho que no prosperó en los estrictos términos de exención de las colonias, pero el solo dato de que pudiera proponerse resulta significativo de que no se le otorgaba realmente un alcance universalista a la Declaración. Hubo también el intento igualmente fallido, este por parte de los Estados Unidos, por introducir en los tratados o convenios de derechos humanos una cláusula federal que eximiese a los Estados federados, como, por ejemplo, los racistas de los mismos Estados Unidos, lo cual hubiera podido ciertamente cubrir la cláusula colonial<sup>13</sup>. Empero, cláusulas de exención no figurarán en los tratados de derechos humanos, aunque también es el caso que las mismas pudieran quedar de hecho cubiertas, durante aquellos primeros años al menos, por una práctica de reservas sin necesidad de andarse especificando el propósito de la exclusión de las colonias<sup>14</sup>.

El asunto aquí es la cláusula colonial. Respondió a una práctica a menudo innominada en virtud de la cual los tratados que, por las obligaciones que se contraían, pudieran implicar derechos, estos, los derechos, no eran extensibles a las colonias<sup>15</sup>. Había llegado así a sobrentenderse en los tratados internacionales y se encontraba incluso ya introducida en las Naciones Unidas a través, particularmente, de la Organización Internacional del Trabajo, que se integró en las mismas tras corroborarla. Los derechos laborales de los convenios de la OIT ratificados por un Estado colonial no se extendían a las colonias sino mediante la decisión discrecional del propio Estado y con las modalidades establecidas por el mismo<sup>16</sup>. Tan solo el día antes de la Declaración Universal, la misma Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio conteniendo, para una materia de esta

13. C. Anderson, *Eyes off the Prize: The United Nations and the African American Struggle for Human Rights, 1944-1955*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 132-137, 200-201 y 227-230; A. Devereux, *Australia and the Birth of the International Bill of Human Rights*, pp. 152-166.

14. L. Lijnzaad, *Reservations to UN-Human Rights Treaties: Ratify and Ruin?*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995.

15. P. Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Nueva York, Routledge, 2004, p. 137, con la inverosímil, pero usual, explicación de que «permitía tomar en cuenta las aspiraciones de los habitantes de la colonia antes de que el tratado se les extendiese», sin que la referencia a población colonial aclare si lo es a colonos o, lo definitivamente inverosímil, a colonizados; de hecho, se pensaba en los primeros, con lo que los segundos no se tenían ni como *habitantes* de su propio territorio, por lo que, en rigor, no había ni necesidad de excluirlos. Por otra parte, en tiempos de colonialismo pleno, por *cláusula colonial* a secas también se entendía una variante de tráfico financiero transcontinental al menos en el *common law*: A. C. Whitaker, *Foreign Exchange*, Nueva York, Appleton, 1919, pp. 310-318.

16. L. Rodríguez-Piñero, *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: The International Labour Organisation Regime, 1919-1989*, Nueva York, Oxford University Press, 2005.

gravedad, la cláusula colonial. La propusieron Estados europeos con respaldo de Estados americanos donde existían pueblos indígenas cuyos derechos humanos se entendían igualmente en suspenso hasta que no recibieran el presunto beneficio de la civilización en singular. Caso similar había sido el de la Convención de la Liga de Naciones para la abolición de la esclavitud cuya cláusula colonial no se suprimiría completamente, aunque quedara bastante mitigada, tras la Declaración<sup>17</sup>.

El primer tratado de derechos humanos relevante tras la Declaración fue en 1952 la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, a propósito del cual no dejaron de proponerse, sin éxito, tanto la cláusula colonial como la cláusula federal. Aunque hubiera Estados, como Gran Bretaña, que se negasen a ratificarlo con el argumento explícito de que no contuviera cláusula colonial, el hecho es que se articulaba otro modo de dejar la aplicabilidad del tratado en manos de los Estados. Entre ellos exclusivamente se dirimían los contenciosos que se presentasen. Y presentarlos solo podían los Estados mismos, los miembros de Naciones Unidas que ratificasen, de unas Naciones Unidas donde todavía dominaban los Estados europeos coloniales junto a los americanos con pueblos indígenas en su interior. El sujeto de los derechos del caso, la mujer, no tenía legitimación alguna para reclamar ante instancia ninguna internacional. Por entonces, las Naciones Unidas no reconocían ni el derecho de petición, un derecho que, aún muy restringido, se había admitido por la anterior Liga de Naciones. Las numerosas peticiones que llegaban sobre asuntos de derechos humanos a su Comisión de Derechos Humanos o a la Subcomisión para Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías servían tan solo para sacarse el provecho de la subasta de los sellos por parte del funcionariado de Naciones Unidas para disponer de numerario sin control burocrático<sup>18</sup>. Por lo demás, a aquellas alturas inmediatas a la Declaración, en el seno de la propia burocracia de la organización internacional se tomaba sumamente en serio la pretensión británica de retener la capacidad de interposición de la cláusula colonial, no entendiéndose que la posibilidad hubiera quedado automáticamente cancelada por su incomparecencia en los tratados de derechos humanos<sup>19</sup>.

17. H. Abtahi y P. Webb, *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008; J. Allein, *The Slavery Conventions: The Travaux Préparatoires of the 1926 League of Nations Convention and the 1956 United Nation Convention*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008.

18. R. Burke, *Decolonization and Human Rights*, pp. 121-125 y, para el derecho de petición, al que dedica un capítulo, el tercero, pp. 59-91.

19. I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Mánchester, Manchester University Press, 1984, p. 88-90, recordándose el detalle cuando, en 1969, ya está procediéndose a la liquidación de secuelas de la cláusula colonial en la letra de los tratados. El uso ulterior de cláusulas aparentemente coloniales por las propias Naciones Unidas responde al objetivo no excluyente, sino incluyente en derechos humanos; así, en 1970, por la

### 3. *Cláusula colonial y descolonización*

¿Qué más lógico, entonces, para los Estados coloniales, con Gran Bretaña a la cabeza, que entender de lo más natural la compatibilidad entre derechos humanos y cláusulas coloniales bajo la Declaración Universal? La misma Declaración dio pie. No acogió la cláusula colonial. El debate sobre las colonias no había conducido a acuerdo alguno, optándose por el silencio, pero el asunto resurge en la recta final por la propuesta de incluir el derecho a la libre determinación de los pueblos, lo que hubiera ciertamente posibilitado la extensión de los derechos humanos a una humanidad ya no sometida a las presunciones supremacistas y las pretensiones civilizatorias de los Estados coloniales, presunciones y pretensiones que por sí mismas se bastaban para producir la exención de las colonias. Este es el contexto en el que se propuso a última hora, por iniciativa británica, una cláusula de inclusión colonial que pudiera encubrir la exclusión de los derechos humanos mediante el bloqueo de la libre determinación<sup>20</sup>.

«[N]o se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía», así reza la cláusula aparentemente incluyente (Declaración, art. 2.2). La clave se encuentra en la admisión indiscriminada de territorios dependientes, lo que realmente incluye, pero a las colonias como tales. Es la forma de excluir el derecho de los pueblos colonizados a la libre determinación y con ello la misma posibilidad de que las personas afectadas accedan a los derechos humanos mientras se interponga el Estado colonial. Entonces estaba en pleno vigor la previsión fundacional de las Naciones Unidas de salvaguardia de la jurisdicción de los Estados cubriendo de hecho a las respectivas colonias: «Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados...» (Carta, art. 2.7). Era previsión perfectamente aplicable al escrutinio de los derechos humanos mientras no hubiera tratados, unos tratados a cuyo respecto los Estados coloniales podían entonces tener la expectativa de que iba a especificarse la cláusula colonial con todo

Declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas: «El territorio de una colonia u otro territorio no autónomo tiene, en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, una condición jurídica distinta y separada de la del territorio del Estado que lo administra, y esa condición jurídica distinta y separada conforme a la Carta existirá hasta que el pueblo de la colonia o territorio no autónomo haya ejercido su derecho de libre determinación...».

20. J. Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights*, pp. 96-101, y, aquí, el capítulo 1.º.

ello todavía posible. ¿No se basaba la exclusión del derecho a la libre determinación en la presunción supremacista y en la pretensión civilizatoria? Para los Estados coloniales, la cláusula colonial serviría ahora para promocionar los derechos humanos a través del propio colonialismo, lo mismo que pretendían venir haciendo con anterioridad<sup>21</sup>.

Ante este panorama, Bandung cobra importancia, una importancia aun superior todavía a la que *Descolonización y Derechos Humanos* le concede. Bandung es históricamente importante no solo por haberse finalmente ubicado en el paradigma de los derechos humanos, sino ante todo y sobre todo por haber afirmado como tal, como derecho humano, la libre determinación de los pueblos, con todo el desconcierto que esto produjo en los Estados coloniales y afines todavía dominantes en el seno de las Naciones Unidas<sup>22</sup>. Fue para estas, pero no para toda la humanidad aún excluida de las mismas, para la que vino bien la aceptación de la Declaración como marco de la libre determinación, lo que las propias Naciones Unidas acogerían un lustro más tarde. El problema no era que la descolonización hubiera arrancado a espaldas de los derechos humanos declarados por las Naciones Unidas, sino que la Declaración de Derechos de las Naciones Unidas hubiera vuelto a la descolonización la espalda. Por incorporar la libre determinación como derecho humano y por la concurrencia de Estados, Bandung pudo imprimir a la Declaración la legitimidad de la que realmente carecía. Y la salvó, con nuevo espíritu, para el futuro. Con esto se confirma que, en rigor, el origen del derecho internacional de derechos humanos no reside en las Naciones Unidas. Sus orígenes no solo inmediatos son anticoloniales, como viene ya justamente advirtiéndose<sup>23</sup>.

21. B. Ibhawoh, *Imperialism and Human Rights: Colonial Discourses of Rights and Liberties in African History*, Albany, State University of New York Press, 2007. Acumula información y aporta reflexión, pero identifica peor el lastre del factor colonial para los derechos humanos dándolos por presentes desde tiempos de pleno colonialismo, P. G. Lauren, *Power and Prejudice: The Politics and Diplomacy of Racial Discrimination*, Boulder, Westview, 1996; tampoco centra el extremo de la hipoteca colonial de los derechos humanos mismos el volumen igualmente sustancioso de M. y H. Reynolds, *Drawing the Global Colour Line: White Men's Countries and the International Challenge of Racial Equality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

22. K. Ampiah, *The Political and Moral Imperatives of the Bandung Conference: The Reactions of US, UK and Japan*, Folkestone, Global Oriental, 2007, que *Descolonización y Derechos Humanos* no utiliza; C. J. Lee (eds.), *Making a World after Empire: The Bandung Moment and its Political Afterlives*, Athens, Ohio University Press, 2010, contiene piezas anteriores que tampoco se atienden por *Descolonización y Derechos Humanos*, como especialmente su capítulo 1.º (pp. 45-68): D. Chakrabarty, «The Legacies of Bandung: Decolonization and the Politics of Culture», que se había anticipado en *Economic and Political Weekly*, 46 (2005), pp. 4812-4818.

23. C. Anderson, *Eyes off the Prize*; B. Ibhawoh, *Imperialism and Human Rights*, pp. 173-180; la misma, «A 'Hollow Mockery': Africans Americans, White Supremacy, and

En todo este contexto, se entiende algo que *Descolonización y Derechos Humanos* se niega a entender: la razón por la que, tras la Declaración, los derechos humanos se cifrasen en el derecho a la libre determinación y a la diversidad cultural, a ambas cosas, así como también cabe entonces entender la denuncia de los derechos humanos de las Naciones Unidas como un nuevo mecanismo de dominio colonial, todo esto para desesperación de los promotores originales de la misma Declaración que pasan por progenitores de los derechos humanos<sup>24</sup>. En su contexto colonial, la misma ni siquiera contemplaba el derecho a la cultura propia o nativa, reconociendo, en cambio, un derecho de acceso a la que se entendía como de procedencia estatal o de alcance universal que casaba bien con las pretensiones civilizatorias del colonialismo todavía dominante. El mismo contexto colonial bloqueaba el reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos que pudiera ofrecer a las personas garantía al goce de la cultura propia. Lo uno no es consecuencia necesaria de lo otro, la libertad individual de la libertad colectiva, pero esto segundo resulta requisito. Dicho de otra manera, no hay posibilidad humana de goce personal de derechos sino en el seno del pueblo de la propia cultura con derecho a la libre determinación. El colonialismo no ofrecía ni siquiera la posibilidad<sup>25</sup>.

Así también se entiende algo que *Descolonización y Derechos Humanos* tampoco parece entender: la declaración por Naciones Unidas del derecho a la libre determinación de los pueblos y la entronización de este derecho como primer derecho humano, compareciendo en sendos artículos primeros, por parte de ambos Pactos Internacionales de derechos humanos, el de Derechos Civiles y Políticos, y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>26</sup>. Tal y como quedan estos Tratados, el dere-

the Development of Human Rights in the United States», en C. Soohoo, C. Albisa y M. F. Davis (eds.), *Bringing Human Rights Home: A History of Human Rights in the United States*, Westport, Prager, 2008, vol. I, pp. 75-101 (ed. abreviada, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2007, pp. 68-99); B. Rajagopal, *International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

24. Es famoso el episodio del empeño frustrado de John Humphrey, el principal factor de la Declaración, jefe de la División de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, por sacar adelante a continuación una convención sobre libertad de prensa. «¡Es la ruina de mi declaración!», exclamó ante el fracaso. Sobre el fiasco, K. Cmiel, «Human Rights, Freedom of Information, and the Origins of Third World Solidarity», en M. P. Bradley y P. Petro (eds.), *Truth Claims: Representation and Human Rights*, Piscataway, Rutgers University Press, 2002, pp. 107-130, añadiendo otro episodio (p. 123): ante el fracaso, Eleanor Roosevelt se lamentó con Humphrey de que la gente «de piel oscura» estaba rebelándose contra Occidente; la reacción de René Cassin no parece que fuera mucho mejor (p. 125).

25. B. Clavero, «Multiculturalismo constitucional, con perdón, de veras y en frío»: *Revista Internacional de Estudios Vascos*, 47 (2002), pp. 35-62.

26. R. Burke, *Decolonization and Human Rights*, recurre en este punto sintomáticamente a la ironía: «Dos pactos de derechos humanos con artículos sobre la autodeter-

cho a la libre determinación de los pueblos resulta reconocido como premisa de la posibilidad de acceso de las personas al pleno goce de los derechos humanos, algo que el colonialismo en cambio bloqueaba. Una cosa es, desde luego, la posibilidad que se abre y otra la frustración que se produce, esta en parte debida a la forma restrictiva como las Naciones Unidas pasan a liderar la política descolonizadora, con mantenimiento de fronteras coloniales y con postergación de los pueblos indígenas comprendidos dentro de los confines redondos de los Estados<sup>27</sup>. La descolonización conducida por Naciones Unidas con sus criterios conservadores de fronteras tanto estatales como coloniales no solo ignora pueblos, sino que también los crea sin base propia<sup>28</sup>. Abundan luego quienes convierten la frustración histórica en paradigma ineluctable con tal de no reconocer responsabilidades de la organización internacional. No solo *Descolonización y Derechos Humanos* lo hace. Justamente a la contra, ha de salirse al paso incluso de la inclinación neocolonial a imputar a la descolonización los estragos del colonialismo<sup>29</sup>.

Si hay un motivo constante contra el derecho a la libre determinación en *Descolonización y Derechos Humanos*, es el de la falta de articulación con los derechos humanos que tiene por genuinamente universales, los individuales, con lo que estos son los que se han sacrificado por el impacto de la descolonización. Cierto es que la inclusión de la libre determinación entre los derechos humanos no comportó su articulación con las libertades individuales ni en la Conferencia de Bandung ni, lo que es peor, en los Pactos Internacionales. El derecho de libre determinación se entroniza en primera posición con referencia a todos los pueblos, pero no lo sigue en ningún momento, por ejemplo, un derecho de todas las personas

minación eran desde luego algo mejor que ninguno. Que la Comisión de Derechos Humanos dedicase demasiado tiempo a discutir sobre el *apartheid* era algo mejor que si no discutiera nada» (p. 147). No hay que decir que la discusión recurrente del régimen racista sudafricano, también en la Asamblea General, fue históricamente clave para la progresiva toma en serio de los derechos humanos en las Naciones Unidas: M. Mazower, *No Enchanted Palace: The End of Empire and the Ideological Origins of the United Nations*, Princeton, Princeton University Press, 2009, cap. 4 (pp. 149-189): «Jawaharlal Nehru and the Emergence of the Global United Nations».

27. Los panoramas más amplios se extienden a las secuelas, pero no a la de existencia poscolonial de pueblos indígenas: D. Rothermund, *The Routledge Companion to Decolonization*, Nueva York, Routledge, 2006.

28. V. Patil, *Negotiating Decolonization in the United Nations: Politics of Space, Identity, and International Community*, Nueva York, Routledge, 2008. Para un panorama regional revelador, I. Ahmed, *State, Nation and Ethnicity in Contemporary South Asia*, ed. ampliada, Londres, Pinter, 1998.

29. A. A. Boahen, *African Perspectives on Colonialism*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1987; R. E. Howard-Hassmann y A. P. Lombardo, *Reparations to Africa*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2008; O. Táíwò, *How Colonialism Preempted Modernity in Africa*, Bloomington, Indiana University Press, 2010.

a la cultura propia del pueblo o los pueblos con los que se identifican, sino que este concreto derecho, que no figura en la Declaración Universal, se les reconoce tan solo, y con alcance restringido a las dimensiones inmateriales de la cultura, a las llamadas minorías étnicas, religiosas o lingüísticas. El resto sigue sustancialmente las pautas de la Declaración<sup>30</sup>. Mas con ser cierta la falta de articulación, no con ello es cierto el corolario implícito en *Descolonización y Derechos Humanos* de que la desarticulación demuestre la imposibilidad. Una cosa es que no fuese factible y otra que no sea posible o incluso necesario. Había con ello un reto pendiente, no una lección aprendida.

## II. MÁS ALLÁ DE LA DESCOLONIZACIÓN Y DE LA EVOLUCIÓN

Entre los derechos humanos iguales y las culturas humanas diversas se le plantea un reto de profundo calado no solo al derecho internacional de los derechos humanos, sino también a la respectiva historiografía. El problema jurídico es el problema historiográfico y viceversa. El empeño ha de ser uno y el mismo<sup>31</sup>. *Descolonización y evolución de los Derechos Humanos internacionales* no acusa conciencia de esa entidad del problema de fondo de un carácter jurídico e historiográfico, de derecho y de historia a un tiempo. Conviene avanzar, por ende, más allá para las mismas cuestiones que esta publicación nos ha planteado. Prosigamos.

### 1. *Posdescolonización y diversidad cultural*

La historia no acaba cuando *Descolonización y Derechos Humanos* la concluye, entre las décadas de los sesenta y los setenta del siglo pasado. No lo hace, por efecto de la descolonización, la historia colonial<sup>32</sup>, pero tampoco esta historia termina para las Naciones Unidas, lo que aquí más interesa. En concreto, ante las evidencias del reto subsistente tras los Pactos Internacionales pese a la misma descolonización, la Subcomisión sobre

30. P. Thornberry, *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford, Oxford University Press, 1991; el mismo, *Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester, Manchester University Press, 2002.

31. B. Clavero, *Razón de Estado, Razón de Individuo, Razón de Historia*, Madrid, CEC, 1991, para la historiografía constitucional que puede por ello resultar constituyente; también, R. Uitz, *Constitutions, Courts and History: Historical Narratives in Constitutional Adjudication*, Budapest, Central European University Press, 2005.

32. M. Moraña, E. Dussel y C. A. Jáuregui (eds.), *Coloniality at Large: Latin American and the Postcolonial Debate*, Durham, Duke University Press, 2008; C. Erni, *The Concept of Indigenous Peoples in Asia: A Resource Book*, Copenhagen, IWGIA, 2008; F. Lenzerini (ed.), *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2008; A. K. Barume, *Lands Rights of Indigenous Peoples in Africa*, Copenhagen, IWGIA, 2010.

Prevención de Discriminaciones y Protección a las minorías resuelve que se emprenda un estudio acerca de la población indígena, esto era, aunque esta forma de identificación y sus implicaciones se eludían, de pueblos indígenas que no tenían acceso al derecho de libre determinación por efecto de los criterios restrictivos aplicados al respecto por las propias Naciones Unidas, unos pueblos que los Pactos Internacionales habían entendido que se ubicaban entre las llamadas minorías. El estudio se efectuó trayendo a la vista la existencia de algunos centenares de millones de personas que, por identificarse con pueblos de culturas distintas a unos Estados a menudo herederos del colonialismo, en el interior de cuyas fronteras habían quedado comprendidos, no tenían fácil lograr el respeto de sus derechos humanos por los poderes del Estado en suerte<sup>33</sup>. Desde la primera mitad de los años ochenta, en Naciones Unidas se ha venido debatiendo el asunto a través de diversos organismos con participación creciente de representantes indígenas hasta llegarse en 2007 a la adopción de una Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>34</sup>.

Esta nueva Declaración de derechos humanos reconoce un derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas a ejercerse por medio de la autonomía política, económica, social y cultural dentro de los Estados donde radican. La de carácter cultural es ante todo derecho a la cultura propia en todas sus manifestaciones, tanto en las materiales como en las inmateriales. Hay quienes entienden ahora que haber diferenciado con la Declaración a los pueblos indígenas de las llamadas minorías desprotege a las segundas y no beneficia a los primeros<sup>35</sup>, como hay quienes diagnostican que el acento puesto en las culturas indígenas, por hacerse en términos tradicionalistas, perjudica su propia capacidad de autonomía<sup>36</sup>. Hay quienes reducen los derechos de tales pueblos a un caso más de «derechos humanos de grupos especiales», junto a mujeres, niños y minorías, con la degradación correspondiente del impacto de la descolonización<sup>37</sup>. En esta última línea, en el seno de las propias Naciones Unidas, entre sus principales agencias, comenzándose por la Organización Internacional del Trabajo, se pretende ahora que la Declaración sobre los

33. J. Martínez Cobo, *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*, edición de trabajo de Naciones Unidas, 1981-1983, que hoy se tiene disponible en internet: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/en/spdaip.html>.

34. C. Charters y R. Stavenhagen (eds.), *Making the Declaration Work: The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Copenhagen, IWGIA, 2009.

35. W. Kymlicka, *Multicultural Odysseys: Navigating the New International Politics of Diversity*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

36. K. Engle, *The Elusive Promise of Indigenous Development: Rights, Culture, Strategy*, Durham, Duke University Press, 2010.

37. R. Normand y S. Zaidi, *Human Rights at the UN: The Political History of Universal Justice*, Bloomington, Indiana University Press, 2008, perteneciente a una serie bastante oficialista, United Nations Intellectual History Project.

Derechos de los Pueblos Indígenas no trae nada sustancial nuevo, pues se reduciría a aplicar a pueblos y personas indígenas derechos que ya existían<sup>38</sup>. Siempre que no se enroque así en la cerrazón, bienvenido sea el debate sobre este verdadero giro histórico del derecho internacional, pero la cuestión primaria para los derechos humanos en general tanto como para los pueblos indígenas en particular es otra.

Nos importa aquí lo primero, el alcance de la nueva Declaración para el cuerpo completo de los derechos humanos y no en particular los derechos de los pueblos indígenas. Puede decirse que la Declaración supone la cancelación definitiva de la cláusula colonial más innominada y persistente, la que afecta a dichos pueblos, abriendo con ello la posibilidad de la descolonización, por fin, del derecho internacional de los derechos humanos, no todavía del derecho internacional por entero que sigue pivotando sobre los Estados. Así y todo, no va a desprejiciarse la trascendencia de la descolonización de los derechos humanos no solo para los pueblos indígenas, sino para la humanidad en general. *Descolonización y Derechos Humanos* es tan ciega ante todo esto, en compañía desde luego con la historiografía y la doctrina iusinternacionalistas todavía imperantes, porque aún mantiene al cabo el paradigma cultural supremacista del viejo colonialismo. Cuando *Descolonización y Derechos Humanos* concluye, el colonialismo todavía estaba ahí. Y sigue estándolo. Esa historiografía y esa doctrina prestan a su modo, con la complicidad, testimonio.

La descolonización pendiente ya puede vislumbrarse por la posibilidad de articulación entre derecho de pueblos con derechos del individuo como derechos ambos humanos y derechos además interdependientes, sin prelación alguna entre ellos. Difícilmente se podían articular unos y otros derechos sobre la base de una descolonización limitada a la creación de nuevos Estados con respeto de fronteras incluso coloniales. Gracias en cambio a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ¿no se está ahora comenzando, solo desde luego comenzando, a articular la libre determinación de los pueblos con los derechos humanos de los individuos? Ya se cuenta incluso con laboratorios constitucionales que están experimentando la articulación. Acúdase a la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, de 2009, y se encontrará el intento a tal nivel de norma fundamental tras haberse incorporado al ordenamiento boliviano, en 2007, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. No es cuestión ahora de entrar en pormenores, sino tan solo de dejar debida constancia de que

38. *United Nations Development Group Guidelines on Indigenous Peoples' Issues*, manual de agencias suyas disponible en internet: <http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/docs/guidelines.pdf>.

la historia prosigue. Lo hace incluso en el detalle de que no es *the West*, no es precisamente el *Occidente* dominante, sino *the Rest*, por la presencia y el peso de los pueblos indígenas en Bolivia, donde se progresa en el campo de los derechos humanos hacia su efectiva universalización<sup>39</sup>.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas registra, como está dicho, el derecho a la cultura propia: «Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado» (art. 5); «Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura» (art. 8.1), entre otros pasajes. Lo propio hace la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia: «Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (*sic*) y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley» (art. 2), «En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: A su identidad cultural...» (art. 30.II.2), entre otros pasajes. Si esto es importante por sí mismo, no lo es menos o lo es realmente más, por la historia habida, que dicho reconocimiento del derecho a la cultura propia se efectúe en el contexto del cuerpo incólume y crecido de los derechos humanos y constitucionales. ¿Dónde queda la incompatibilidad presumida por los medios dominantes, no solo, desde luego, por *Descolonización y Derechos Humanos*?

Tras un debate acerca del relativismo cultural en una de las revistas más sensibles para cuanto estamos apreciando, la palabra final no la dijo nadie, pero la reflexión conclusiva fue de lo más oportuna, la de cuestionar la presunción común de que «la universalidad necesariamente *fortalece* los derechos humanos mientras que la relatividad necesariamente *debilita*»<sup>40</sup>. Justamente, la universalidad, como atentado que es a cul-

39. B. Clavero, «Apunte para la ubicación de la Constitución de Bolivia»: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 89 (2010), pp. 195-217; una primera versión se tituló «Bolivia entre constitucionalismo colonial y constitucionalismo emancipatorio», en el colectivo *Bolivia: Nueva Constitución Política del Estado. Conceptos elementales para su desarrollo normativo*, La Paz, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2010, pp. 97-108.

40. J. Donnelly, «Human Rights: Both Universal and Relative»: *Human Rights Quarterly*, 30 (2008), pp. 194-204 (p. 203); para su propia recapacitación desde posiciones más universalistas, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, edición revisada y actualizada, Ithaca, Cornell University Press, 2003, pp. 57-106. Significativamente, la mis-

turas humanas, produce reacciones no raramente incluso sangrientas, mientras que la consideración de la diversidad cultural favorece la intercomunicación sobre la base de derechos compartidos, los humanos. La presunción por la universalidad responde todavía a un fondo colonial, al que estaba presente en la Declaración Universal y ha venido desafiándose desde la Conferencia de Bandung. Es una presunción sin respaldo ni prueba de la historia habida desde entonces. Esto creo que me excusa de adentrarme en la ya abundante literatura sobre el multiculturalismo que comienza por cegarse ante la entidad y el arraigo de la multiculturalidad existente. Cuando las culturas son integrales, materiales tanto como inmateriales, como en el caso de pueblos con territorio y sin Estado propios, ni siquiera se suscita entre ellos la cuestión de que el derecho a la cultura propia pueda discutirse. Lo discuten todavía o hacen mediante subvenciones que se discutan quienes codician los recursos naturales de tales pueblos sin contar con los mismos, mediante la sola licencia del Estado, igual que en tiempos coloniales. La academia y la política son hoy tanto o más serviciales que entonces.

Si en los siglos XIX y XX una palabra del legislador podía arrojar bibliotecas enteras al basurero o, mejor, trasladarlas de las estanterías del derecho a los anaqueles de la historia, en el siglo XXI un paso adelante de los derechos humanos puede producir mayor efecto todavía. Escuelas de pensamiento enteras se quedan sin objeto. ¿Cuántos currículos académicos no se han construido y pretenderán todavía seguir sosteniéndose sobre la contraposición tanto entre derechos individuales y derechos colectivos como entre universalismo moral y relativismo cultural, sobre la ignorancia empecinada, en suma, de toda la riqueza de la diversidad humana y del imperativo de la relación y no agresión entre culturas bajo el reconocimiento mutuo de derechos, los fundamentales, tanto para las personas como para los pueblos, compartidos? ¿Cuánta historia del derecho internacional en general y de los derechos humanos en particular aún pretenderá tener una consistencia intelectual por seguir imperterritamente moviéndose entre los prejuicios de contraposiciones con raíces al fin y al cabo coloniales?

## 2. *Reto de doctrina y de historiografía*

La historia del derecho internacional ha sido y es historia del *West*, del *West* sin el *Rest* o del *West* con algún *Rest*, pero del *West* en primer término siempre, incluso en los abordajes de procedencia *occidental* más valiosos a la contra. La historia es la que es y no hay otra, podrá decirse,

ma revista, que es un buen medio para seguir estos asuntos, había cambiado su nombre en 1981, pues con anterioridad se titulaba *Universal Human Rights*.

pero no es historia precisamente lo que ahí tenemos, sino historiografía y aquella historiografía que prescinde de gran parte de la humanidad no dándole entrada de una forma o de otra hasta cuando, si acaso, el *Occidente* invade, contacta o, como suele entender, descubre.

La contraposición entre *West* y *Rest*, Occidente y el Resto, es siempre sesgada o mantiene siempre algo de sesgo en la medida en que, tras asumir conciencia de sus graves hipotecas y ponerlas en evidencia<sup>41</sup>, no da el paso de incorporar en su propia reflexión a la humanidad excluida. Las criaturas del *Rest* pueden al menos matizar y paliar la contraposición: *The West and the Rest of Us All*, el *Occidente* y el resto de entre nosotros todos, mientras que las criaturas del *West*, aunque intentemos afinar, seguimos contraponiendo: *The West and the Rest of Them All*, el *Occidente* y el resto de todos ellos. El divisionismo colonial no ha transcurrido en vano<sup>42</sup>.

Una cosa es la historia de los derechos humanos como constructo europeo de raíz colonial y otra, la historia de los derechos humanos de alcance universal. El problema es que suelen confundirse pasando la primera por la segunda, lo que asiste a la subsistencia solapada de la mentalidad colonial. Se predicán como universales unos derechos humanos sin asumirse la necesidad consiguiente de una historia igualmente universal de derechos o, por evitarse de entrada conceptos que ya pueden sesgar, de las concepciones y formas de aseguramiento de la dignidad humana en todas sus dimensiones y manifestaciones, no solo bajo términos propios de algunas culturas por mucho que se hallen extendidas. *Derechos* en concepto y práctica que han servido para la expansión colonial de matriz europea. También ha de comprenderse que la sola palabra, por significados que arrastra, pueda todavía provocar reacción no precisamente positiva. Hay sectores reticentes al encuadramiento de las aspiraciones de los pueblos indígenas a la reparación y la reconstitución en unos términos

41. E. Keene, *Beyond the Anarchical Society: Grotius, Colonialism, and Order in World Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; P. Keal, *European Conquest and the Rights of Indigenous Peoples: The Moral Backwardness of International Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003; A. Anghie, *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

42. M. Fee, «Who Can Write as Other?», en B. Ashcroft, G. Griffiths y H. Tiffin (eds.), *The post-colonial studies reader*, Londres, Routledge, 1995, pp. 242-245, versión íntegra en *Australian and New Zealand Studies in Canada*, 1 (1989), pp. 11-32; S. Hall, «*The West and the Rest: Discourse and Power*», en T. Das Gupta, C. E. James, R. C. A. Maaka, G. E. Galabuzi y C. Andersen (eds.), *Race and Racialization: Essential Readings*, Toronto, Canadian Scholars' Press, 2007, pp. 54-60, versión íntegra en S. Hall, D. Held, D. Hubert y K. Thompson (eds.), *Modernity: An Introduction to Modern Society*, Oxford, The Open University, 1996, pp. 184-226. Y está citada la expresión acuñada por el poeta nigeriano Chinweizu, *The West and the Rest of Us*, con una primera persona en plural incluyente por parte de quienes padecen el intento de exclusión.

de derechos, incluso aunque ahora se identifiquen con los declarados por las Naciones Unidas por cuanto que el marco mismo constituido por las normas internacionales estaría defraudando<sup>43</sup>. En el contexto actual tanto internacional como constitucional, el concepto y la práctica de los derechos siguen realmente arrastrando hipotecas de la historia no solo colonial, sino también poscolonial o que por tal se tiene<sup>44</sup>.

¿Puede, pese a todo, la historiografía de procedencia *occidental* contribuir y contrarrestar? Si se lo plantea, la primera tarea ha de ser siempre la de asunción de plena conciencia sobre su propia entidad, lo que quiere decir sobre su sesgo constitutivo. Seseada es constitutivamente, sin salvedad de modalidades, la historia del derecho internacional, una historia nacida y crecida, como tanta historiografía jurídica, con fines de legitimación. En el caso de la historia del derecho internacional de los derechos humanos, con toda su impronta *occidentalista* y toda su pretensión de universalidad como elementos que no se entienden en contradicción, la funcionalidad legitimadora se potencia al máximo. La historiografía del derecho internacional de los derechos humanos que se pretende universal opera conjurando en falso unos orígenes coloniales. El propio derecho internacional ha sido consustancialmente colonialista y no consigue acabar de soltar el peso no del todo muerto ni la tara de sus secuelas<sup>45</sup>. *Descolonización y Derechos Humanos*, una buena investigación que, si resulta inconsistente, es por sustentarse en pésimas presuposiciones, ha podido conducirnos a la constatación más palmaria. Es el momento de ir a la observación de unos fondos del lastre y del reto de toda una historiografía<sup>46</sup>. La historia de los derechos humanos es capítulo de la historia del derecho internacional, la rama más descuidada por la historio-

43. T. Koivurova, «From High Hopes to Disillusionment: Indigenous Peoples' Struggle to (re)Gain Their Right to Self-determination»: *International Journal of Minorities and Group Rights*, 15 (2008), pp. 1-26.

44. B. Clavero, *El orden de los poderes. Historia constituyente de la trinidad constitucional*, Madrid, Trotta, 2007.

45. Para una muestra significada de historia de dicho tipo todavía hoy usual, I. Sofzabo, «Fondements historiques et développement des droits de l'homme», en K. Vasak (ed.), *Les dimensions internationales des droits de l'homme. Manuel destiné à l'enseignement des droits de l'homme dans les universités*, París, UNESCO, 1978, pp. 11-42; en inglés, UNESCO, 1979; edición revisada por P. Alston, Greenwood-UNESCO, 1982; en castellano, Serbal-UNESCO, 1984.

46. Para útil información e incisiva reflexión de historiografía, S. Moyn, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Cambridge, Harvard University Press, 2010, pp. 311-321. Para comparación del estado del arte poco antes, K. Cmiel, «The Recent History of Human Rights»: *American Historical Review*, 109 (2004), pp. 117-135, con evidencias de que los derechos humanos mismos progresaban más que su historiografía. Ya advirtió sobre el carácter mítico de la historia traslaticia de los derechos humanos S. Waltz, «Reclaiming and rebuilding the history of the Universal Declaration of Human Rights»: *Third World Quarterly*, 23 (2002), pp. 437-448.

grafía jurídica profesional. El lastre es su mentalidad colonial y el reto, su descolonización mental<sup>47</sup>.

Ahí gravita la hipoteca. A la Declaración Universal, ya apreciativa, ya críticamente, tanto por una tendencia como por la otra, a su favor o a la contra, se le atribuye comúnmente la apuesta universalista de los derechos individuales, con lo que la defensa realista de la pluralidad de culturas obligaría al asalto por ambos flancos. La verdad es que igual se le podría endosar a la Declaración Universal la posición de defensa de los derechos colectivos de la dominación colonial como el relativismo de la discriminación profunda que así se alimenta y sostiene<sup>48</sup>. Ni lo uno ni lo otro, en forma excluyente, hace justicia. Desde tales dicotomías, desde cualquiera de las alternativas cuando se plantean y debaten de modo maniqueo, mal se accede a la historia<sup>49</sup>. Lo que como tal se presenta desde la perspectiva apreciativa de los derechos humanos suele reducirse a trasunto de filosofía ensimismada o de doctrina exegética. La visión historiográfica de la Declaración Universal sigue en todo caso lastrada por su universalidad en falso. Y la historia anterior de los derechos humanos se hace arrancar de los derechos inhumanos blandidos por el colonialismo, travistiéndose así la expansión colonial en el inicio de la universalidad<sup>50</sup>. ¿Es un detalle de historia que solo interesa a la historiografía? No lo parece si atendemos a lo que suele placer esa narrativa entre juristas *occidentales*. Las mismas dificultades actuales del reto de la universalidad

47. Entre las líneas actuales de investigación del Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, como puede verse en su sitio web (visita de finales de 2010), figura la historia del derecho internacional extrañamente, a estas alturas, concebida como expansión universalista del *ius publicum europaeum* sin más relación con el colonialismo que el de haber contribuido a su superación, tal y como si la humanidad no europea fuese un reciente pasivo del generoso obsequio de un derecho no constitutivamente colonial.

48. Respecto a la fundación de las Naciones Unidas bajo aspiraciones todavía imperiales de dominio colonial y particularmente del británico, M. Mazower, *No Enchanted Palace*.

49. La preocupación por el relativismo, inclusive el del sesgo eurocéntrico del universalismo dominante, preside el estudio citado de J. Morsink, *The Universal Declaration of Human*, lo cual, por el intento de contrarrestar y equilibrar, le mueve a una lectura más optimista de la Declaración Universal, especialmente reduciendo el alcance de su silencio final, con todo el debate habido, sobre derechos de los pueblos y de las llamadas minorías.

50. Para un sexteto heterogéneo de muestras elocuentes entre tantas como abundan, M. R. Ishay, *The History of Human Rights: From Ancient Times to the Globalization Era*, Berkeley, University of California Press, 2004; S. N. MacFarlane y Y. F. Khong, *Human Security and the UN: A Critical History*, Bloomington, Indiana University Press, 2006; J. M. Healy, *The Europeanization of the World: On the Origins of Human Rights and Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2007; L. Hunt, *Inventing Human Rights: A History*, Nueva York, W. W. Norton, 2007; J. Mahoney, *The Challenge of Human Rights: Origin, Development, and Significance*, Oxford, Blackwell, 2007; S. James, *Universal Human Rights: Origins and Development*, Nueva York, LFB, 2007. En la misma línea, comenzando por revoluciones occidentales, J. N. Wasserstrom, G. Grandin, L. Hunt y M. B. Young (eds.), *Human Rights and Revolutions*, Plymouth, Rowman and Littlefield, 2000.

de los derechos tienen bastante que ver con el ilusionismo encubridor del propio discurso historiográfico<sup>51</sup>.

En el ámbito de la filosofía de los derechos humanos se figura una historia que sublima los penosos avatares de su desarrollo internacional. Desde que se barrunta el desgajamiento de la convención de derechos humanos en un par de instrumentos, los que serán los Pactos de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, comienza a forjarse la ocurrencia de una sucesión de estadios de derechos que expresaría tanto un fenómeno histórico como una jerarquía ideal. En primer lugar, irían las libertades personales; luego, otros derechos civiles y los políticos; más tarde, a cierta distancia, los económicos y sociales; enseguida los culturales; a continuación, los derechos de sujetos colectivos de una y otra índole, como los de minorías, mujeres, niños y, con reparos todavía coloniales, pueblos indígenas. Las tendencias críticas en la filosofía de los derechos humanos no cambian la imagen de ese sucedáneo de historia por generaciones, sino el sentido de la secuencia, retocando la jerarquía o incluso invirtiéndola. Entre los últimos en el tiempo estarían los primeros en valía. En todo caso, esta historia usual no es más que sublimación tanto de logros como de frustraciones. Si las Naciones Unidas no hubieran excluido de la Declaración Universal el derecho individual y colectivo a la propia cultura o el derecho igualmente doble, del individuo y del grupo, a la libre determinación, aunque ambos realmente en rigor inescindibles, se estaría hoy figurando una historia y una filosofía muy distintas. Y no tendría en suma sentido andar hablando de ocurrencias como la dicha de generaciones de derechos que debiera hacerse por integrar. Tal historia secuencial de los derechos humanos convierte deficiencias de nacimiento en conquistas de madurez ignorando así lastres y retos<sup>52</sup>.

La integración y articulación de los derechos humanos ha de ser por supuesto entre sí y también con el derecho sin más. La misma historia ha de mirar, no a las aspiraciones interesadas e impositivas de una humanidad sobre otra, del *West* sobre el *Rest*, pues ahí lo que radica es la nega-

51. B. Clavero, «De los dudosos orígenes de los derechos humanos (a propósito de un fallido encuentro entre los *Droits de l'Homme* y los *Natural Rights*): *Quaderni Fiorentini*, 17 (1988), pp. 499-505. Hoy extendiendo bastante más hacia el presente no solo esos dudosos orígenes, sino también una dudosa entidad en su origen cierto, el de las Naciones Unidas.

52. Karel Vasak, el director del citado *Manuel destiné à l'enseignement des droits de l'homme dans les universités* de la UNESCO, ha venido abanderando la teoría de las generaciones en tres estadios: K. Vasak, «Pour une troisième génération des droits de l'homme», en C. Swinarski (ed.), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1984, pp. 837-850; K. Kumado, «Africa and human rights since Karel Vasak's three generations», en *Karel Vasak Amicorum Liber. Les droits de l'homme à l'aube du xxi<sup>e</sup> siècle — Los derechos humanos ante el siglo XXI — Human rights at the dawn of the twentieth-first century*, Bruselas, Bruylant, 1999, pp. 273-288.

ción solapada de los derechos, sino a los derechos sin más, sin necesidad de calificación, así como a reglas efectivas de reconocimiento y respeto de la dignidad compartida entre todos los seres humanos, aunque se expresen en lenguaje distinto al de los derechos. La historia usual comienza por idealizar mediante el desarraigo de un objeto tan jurídico como los derechos humanos respecto a la realidad de la convivencia reglada por el derecho o de otra forma. Se comprende mejor en su momento histórico la Declaración Universal de los Derechos Humanos si, en vez de acudir-se en busca de precedentes más o menos literales del doble sintagma, el formado por el sustantivo *derecho* y por el adjetivo *humano*, sin relación operativa alguna con el derecho establecido, se emprendiese la tarea más modesta y laboriosa de averiguar ante todo el sentido del término principal, el de derecho en plural que indica capacidad reconocida y garantizada por el ordenamiento. Propugnando en su momento derechos sin garantías, la misma Declaración Universal generó la ilusión de que tal era el objeto que le interesaba. El espejismo de una historia en falso lo crea el derecho establecido igualmente, por aquel tiempo, en vano. Bien demostrados sus buenos oficios a doctrina y a política defraudadoras, la idealización histórica ha permanecido. Es el universalismo el que por sí, consustancialmente, defrauda, mientras que la utilización del relativismo por tiranías y despotismos resulta circunstancial<sup>53</sup>. Aun no bastando, por supuesto, con la constatación, ya está poniéndolo de relieve una historiografía más atenta a políticas no tan encubiertas bajo la predicación de derechos<sup>54</sup>.

La historia de los derechos humanos ha de ser una historia desde luego universal, lo que no quiere decir ni mucho menos una historia que haya de concentrarse en Naciones Unidas y su derecho internacional<sup>55</sup>. Bien al

53. Entre la primera y la segunda versión (1988 y 2003) de J. Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, la caída del Muro de Berlín con todo lo que arrastró consigo lo ayudó a tomar conciencia de que el imperativo de universalismo por motivos políticos, concretamente antisoviéticos, impide que se haga justicia al requerimiento de relativismo por razones culturales, del relativismo que, como ya sabemos por cita anterior, no le condujera a la cancelación sin más del universalismo.

54. K. O'Donovan y G. R. Rubin (eds.), *Human Rights and Legal History: Essays in Honour of Brian Simpson*, Oxford, Oxford University Press, 2000, y la obra citada del propio homenajeado, por supuesto, *Human Rights and the End of Empire*; también, como se ha visto, B. Ibhawoh, *Imperialism and Human Rights*, que es el volumen inaugural de la State University of New York Series in Human Rights dirigida por Z. F. Kabasakal Arat, la autora de *Human Rights Worldwide: A Reference Handbook*, Santa Barbara, ABC-CLIO, 2006.

55. Centrándose, en cambio, en la aportación de Naciones Unidas a la necesaria documentación para una tal historiografía, E. Rothschild, «The Archives of Universal History»: *Journal of World History*, 19 (2008), pp. 375-401, en el número monográfico citado sobre *New Histories of the United Nations*. Con más amplia perspectiva, S. L. Hoffmann, «Introduction: Genealogies of Human Rights», en el mismo (ed.), *Human Rights in the Twentieth Century*, pp. 1-26, concluyendo la presentación: «La confección de la historia de los derechos humanos apenas ha comenzado», y agregando justamente respecto a dicha

contrario, la misma impronta de universalidad no se la ha impreso originalmente a los derechos una organización de Estados, como las Naciones Unidas, por mucho que ellos lo presuman y que en la presunción los respalde la consiguiente figuración de historia. Uno de sus fraudes mayores es el producido por la pretensión de universalidad al ofrecer una visión que no se enclaustra en Estados por separado, sino que se sitúa a la escala de su conjunción de Naciones Unidas. La historia se pretende que habría de ser universal ya solo por esto. Pero una suma de Estados, incluso de todos, no produce el universo, tanto pueblo, tanta gente, quedan fuera. Tantos grupos e individuos no tienen en la práctica cabida. La misma concepción universal de los derechos humanos, los proclamados por Naciones Unidas, viene originalmente de Estados, los fundadores de las mismas, que abrigan, la mayor parte de entre ellos, otras intenciones. Y se encuentran primero con el rechazo más pertinaz y luego con la reticencia más empeñada de buena parte de la humanidad. La concepción de la igualdad y el respeto universal entre seres humanos, se expresara o no en términos de derechos, en los de dignidad o en los que fueren, puede encontrarse en muchas latitudes distintas y lejanas de las Naciones Unidas. Es una historia toda ella aún por reconstruir, pues la disponible no parece acabar ni siquiera de situarse en el escenario universal que la Declaración calificada como tal precisa y no ofrece<sup>56</sup>.

El propio cuerpo internacional de los derechos humanos ayuda a todos estos efectos con las formas de desenvolverse que lo caracterizan. Crean un espejismo de origen en 1948 que puede perjudicar tanto a la reconstrucción de la historia como a la construcción del derecho, a ambas dimensiones a la par e interactivamente. Considerándose la Declaración Universal tanto principio del derecho humano como fin de la historia inhumana, la Declaración misma nunca se corrige ni recompone, aunque salten a la vista sus deficiencias, y los instrumentos posteriores se presentan como su necesario desarrollo orgánico, aunque no puedan ocultarse las contradicciones. Es el mismo procedimiento de los Estados Unidos de América con una Constitución intocada y unas enmiendas que en teoría la desarrollan y en casos la contradicen, pero enmiendas al menos

historia en pañales: «Si conseguimos observar la contingencia histórica de nuestras categorías normativas, su emergencia a partir de experiencias concretas de violencia y conflicto, podremos comprender mejor la razón por la que la historiografía de los derechos humanos sigue fallando».

56. R. Afshari, «On Historiography of Human Rights: Reflections on Paul Gordon Lauren's *The Evolution of International Human Rights: Visions Seen*»: *Human Rights Quarterly*, 29 (2007), pp. 1-67, bajo supuestos en comparación menos universales, por más precisos, comenta críticamente la potente historia de perspectivas forzosamente globales, por la fuerza de valorar primordialmente, en cuanto a la gestación de la noción de los derechos humanos, visiones individuales e idealizadas, ofrecida por el referido volumen de P. G. Lauren, *The Evolution of International Human Rights*.

se llaman<sup>57</sup>. En Naciones Unidas, la operación resulta incluso más opaca. A efectos jurídicos, pudiera parecer que algo tiene de bueno, por el compromiso de presente que implica, su tendencia a entenderse a sí misma, desde su propio nacimiento, como progenitora de los derechos humanos e incluso, desde que lo adopta en 1960, del derecho a la libre determinación<sup>58</sup>, pero el escenario de tamaña presunción no ofrece una buena guía para la historiografía ni unas buenas bases para el derecho. Desfigura retrospectivamente tanto lo uno como lo otro, el material entero del empeño tanto historiográfico como jurídico. La dudosa bondad práctica de la operación no tiene por qué hipotecar la historiografía responsable. El problema es del derecho existente si queda en evidencia por su historia.

La indagación histórica que saca a la luz y somete a análisis las condiciones, posiciones y funciones históricas de los derechos humanos de las Naciones Unidas puede no solo aportar conocimiento desinteresado, sino también ayudar decisivamente a la efectividad de dicho mismo compromiso creciente de la organización internacional con los derechos humanos. La complacencia ofrece en cambio cobertura a la presunción inefectiva que retrotrae derecho problemático a pasado dudoso. La historia complaciente es la mejor pareja de la doctrina servil. Ambas se han acomodado en una inconsciencia que las propias Naciones Unidas siguen alimentando<sup>59</sup>.

### 3. *Historia profesional y derecho internacional de los derechos humanos*

«¿Quiénes pueden echar pestes de los derechos humanos?» ¿Quiénes pueden no deshacerse en parabienes y alabanzas para con la doctrina internacionalista que los hace profesionalmente cosa suya y así los predica y pro-

57. B. Clavero, «Why American Constitutional History is not Written»: *Quaderni Fiorentini*, 36 (2007), pp. 1445-1547.

58. Puede ilustrar el estilo usual de los planteamientos más favorables a derechos el caso de A. Xanthaki, *Indigenous Rights and United Nations Standards: Self-Determination, Culture and Land*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 49-67, contemplando un instrumento internacional de los tiempos de posición colonial de las Naciones Unidas como el primero que reconoce derechos de pueblos, lo cual se debe al deseo evidente, no exclusivo de la autora desde luego, de que, como dicho instrumento sigue guardando alguna vigencia y por muy problemático que esto resulte, así sea en la actualidad. El problema que nunca se afronta es el del tracto que lastra el mismo derecho que de ese modo se postula. Las limitaciones que se acusan se atribuyen al espíritu de la época, como si fuera universal, inclusive de los pueblos colonizados.

59. La edición de la *Universal Declaration of Human Rights* impresa en Irak en 2008 por las Naciones Unidas con dibujos del ilustrador de libros infantiles Éric Puybaret, a veinticinco dólares de precio de catálogo, incluye tras el párrafo segundo del artículo segundo, el de la continuidad del colonialismo, una imagen halagüeña de felicidad multirracial tipo Benetton. Entre el personal de las mismas Naciones Unidas, con raras excepciones según mi experiencia, es visión que, por devoción o por estipendio, predomina y condiciona.

mociona? ¿Quiénes? Depende, cabe responderse. Tampoco tiene por qué ser la maledicencia una perversidad si está fundada y es relevante. Historia mediante, los derechos humanos pueden beneficiarse de la puesta en evidencia de los lastres de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como de su desenvolvimiento en todo un cuerpo normativo de derecho internacional. La historiografía, no digo ahora que crítica, pues otra no merece finalmente la denominación, puede prestar asistencia a los derechos proclamados por Naciones Unidas a fin de que se identifiquen con los derechos humanos con capacidad de universalidad, o se esmeren en ello y huelgue así por fin la distinción entre estos derechos virtualmente universales, de una parte y, de otra, los postulados históricamente por la Declaración y su desenvolvimiento de derecho internacional<sup>60</sup>.

Todo lo bienintencionada que se quiera, la práctica del derecho internacional y de la doctrina internacionalista, al desentenderse de la historia efectiva, lo que produce por lo pronto es confusión que engendra señuelos y arrastra secuelas. La Declaración Universal de los Derechos Humanos es originalmente autorreferencial, pues se dirige a los mismos que la emiten, los Estados, sin compromisos reales ni mecanismos institucionales para llevarla a efecto por el momento. Su destinataria no es la humanidad, o lo es mediante la interposición de los Estados que la representan solo en parte y la dominan en parte mayor. En los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la medida de referencia sigue sin ser de humanidad, sino igualmente de Estado, aun introduciéndose ya mecanismos de escrutinio. Las cosas van dificultosamente replanteándose y desenvolviéndose. Comenzándose por la misma Declaración Universal de los Derechos Humanos, las normas internacionales pueden, desde luego, no ser lo que han sido. Media historia siempre, incluso para productos normativos con tendencia a entenderse intemporales como si esto reforzase su autoridad<sup>61</sup>.

60. *Who can bad-mouth human rights?* es la pregunta nada retórica que toma y hace suya, como arranque, M. Mazower, «The Strange Triumph of Human Rights, 1933-1950»: *The Historical Journal*, 47 (2004), pp. 379-398, con referencia ulterior al cinismo interesado de los Estados, sobre lo que puede añadirse K. Sellars, *The Rise and Rise of Human Rights*, Stroud, Sutton, 2002.

61. La Declaración Universal de los Derechos Humanos tiene ahora, al cabo de más de sesenta años, un reconocimiento explícito como norma que vincula a los Estados por delante de las propias convenciones o tratados, lo cual se establece mediante las reglas del nuevo procedimiento de Examen Periódico Universal a que se somete a los propios Estados por parte del Consejo de Derechos Humanos compuesto por ellos mismos (resolución de este Consejo 5/1, de 2007, *Institution-building, Universal Periodic Review Mechanism, Basis of the Review*, con una especie de prelación de normas «a) *The Charter of the United Nations*; b) *The Universal Declaration of Human Rights*; c) *Human rights instruments to which a State is party...*»). En cuanto a este valor actual de la Declaración, la explicación

La doctrina usual, pues solo entiende de historia especular, igual que proyecta el presente en el pasado, confunde los diagnósticos respecto al pasado con las posturas de presente en liza. Se entra así en debates vanos al convertirse las constataciones sobre tiempo pretérito en tomas de posición respecto al valor actual de los instrumentos en cuestión, como si esto, por estar relacionado, no hubiera de ser asunto independiente ni cupiera que lo fuese. Hoy, el mismo cuerpo internacional de derechos humanos, si viene por fin a considerárselo desde la óptica de derechos del individuo frente a todos, antes y mucho más allá que conforme a su reducción a obligaciones del Estado respecto a su población o, mejor dicho, a su ciudadanía, debe asumir que sus destinatarios son tan universales como sus beneficiarios, obligando no solo a los propios Estados, sino a cualesquier agentes de cualquier género, dígase corporaciones empresariales, instituciones religiosas, organizaciones no gubernamentales y todo el largo etcétera hasta llegar a cualquier particular. Esto mismo de la vinculación general, no solo de los Estados, con respecto a los derechos humanos sitúa hoy ante un reto de problemático planteamiento y más difícil satisfacción por la falta misma de condiciones para la superación de una historia cuando no hay conciencia de su real desenvolvimiento a partir de unos pesados lastres, el colonial y el estatal, vinculado este al propio colonialismo incluso cuando predica derechos humanos<sup>62</sup>.

Lo que está, con todo, en juego es la resolución del desafío que se rehúye desde un arranque de la historia del derecho internacional de los derechos humanos, el de que se logre un ordenamiento a escala humana y de alcance humano, para toda la humanidad, no sesgado por el peso

usual presume que lo ha adquirido por convertirse en derecho internacional consuetudinario, lo cual, además de constituir una petición de principio y de endosarles siempre, de modo implícito en el caso, el mérito a los Estados, por adoptar presuntamente como norma tal costumbre de derechos, y a la doctrina iusinternacionalista, por consagrarla, vela el problema crucial de cómo es que no ha tenido semejante valor reconocidamente vinculante durante un largo periodo de tiempo.

62. A. Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006; M. Noortmann y C. Ryngaert (eds.), *Non-State Actors Dynamics in International Law: From Law-Takers to Law-Makers*, Farnham, Ashgate, 2010, para esta problemática de la vinculación a derechos humanos de agentes no estatales que también producen derecho internacional. Una lectura profana, quiero decir no especializada, se sorprendería de que se susciten tales y tantos problemas respecto a cuestiones aparentemente tan elementales como que las propias agencias de Naciones Unidas y las corporaciones o empresas transnacionales han de encontrarse, en la práctica y para la doctrina, sujetas a los derechos humanos. Para el contexto de la evolución habida, D. Shelton (ed.), *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2000; A. F. Bayefsky, *The UN Human Rights Treaty System: Universality at the Crossroads*, La Haya, Martinus Nijhoff, 2001; W. Vandenhoe, *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, Amberes, Intersentia, 2005, además del citado *Making the Declaration Work*, la de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

de un pasado que no pasa, el de una larga y dura historia no solo colonial, sino también estatal, la historia de unos Estados acomodados en el orden colonialista, si no coloniales ellos mismos<sup>63</sup>. Entre colonialismo y derechos humanos, se sitúa históricamente una historia de derechos de libertad constitucionales en latitudes metropolitanas que, aunque se presentasen ya como *natural rights* o similares no dependientes de religión, ya también como *droits de l'homme*, no guardan relación genética con los *human rights* o derechos humanos, pues no trascendían en caso alguno al objetivo de fundación de un Estado que amparase a una ciudadanía, todo ello limitado. Los derechos en rigor humanos no son anteriores a los tiempos de las Naciones Unidas, aparte de la medida efectiva en la que las mismas hayan contribuido a su gestación. Hacer historia de derechos humanos por espacios metropolitanos desde tiempos coloniales incide en la confusión sobre la propia entidad de tales derechos<sup>64</sup>.

Entre historia y derecho, la confusión no ayuda para nada a la historiografía, pero tampoco, a la postre, al derecho mismo. Genera unas condiciones entre las que difícilmente pueden caber conciencia jurídica ni ciencia histórica al propósito. ¿Qué derecho universal ni qué doctrina universalista van a poder en rigor darse? Hay interdependencia evidente en cuanto al peso de la hipoteca<sup>65</sup>. De tal proceso normativo, tal pensamiento jurídico. Y también tal narrativa histórica, en la que la doctrina reluce cuando, de hecho, ha sido subsidiaria, cuando no servil<sup>66</sup>. Hay

63. A. Anghi, *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law*, p. 317, afrontando la cuestión y dejándola prudentemente abierta; R. Falk, B. Rajagopal y J. Stevens (ed.), *International Law and the Third World: Reshaping Justice*, Nueva York, Routledge-Cavendish, 2008.

64. S. Moyn, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Cambridge, Harvard University Press, 2010, insiste ahora justamente en la diferencia histórica y jurídica entre derechos constitucionales y derechos humanos. Para una síntesis de su planteamiento, S. Moyn, «Human Rights in History»: semanario *The Nation*, 30-VIII/6-IX, 2010. Desde esta afinada perspectiva, el título de *Decolonization and the Evolution of International Human Rights* comete con su doble adjetivación de los derechos una redundancia, bastante usual por lo demás en inglés, pues no hay nada en rigor que responda al apelativo de *national human rights*, pese a C. O. H. Parkinson, *Bills of Rights and Decolonization: The Emergence of Domestic Human Rights Instruments in Britain's Overseas Territories*. Hay, por supuesto, *human rights* al margen y por encima de los *international rights*, de los derechos reconocidos por las Naciones Unidas, pero tal cosa no es lo que se presupone cuando se habla de *international human rights*. Luego hablaremos del *absolutismo* que esto denota.

65. R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use it*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 49-50; S. Marks, *The Riddle of All Constitutions: International Law, Democracy, and the Critique of Ideology*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 4-6; A. Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, pp. 59-63.

66. S. Moyn, *The Last Utopia*, pp. 5-7, comparando expresivamente la usual historiografía celebratoria de los derechos humanos a las historias religiosas de otros tiempos, con sus profetas, apóstoles y santos inclusive, y con las Naciones Unidas como nueva iglesia, y ello para introducirse en la necesaria historia laica de los derechos humanos; en esta

también retroalimentación. La historiografía usual del derecho internacional excluye hoy más que el derecho internacional, lo que repercute sobre su propia doctrina y sobre su misma práctica<sup>67</sup>. Con todo, para el acercamiento a una comprensión del complejo historiográfico y doctrinal que pesa sobre el derecho internacional de los derechos humanos, sobre su origen y su trayectoria, sobre sus dificultades y sus dilemas, interesa ante todo la identificación de la antropología colonial subyacente, esto es, la constancia de la serie de presupuestos operativos, ya de liberados, ya inconscientes, de un supremacismo cultural tan miope y pertinaz, tan interesado y ventajista también, todo sea dicho<sup>68</sup>.

Tengo para mí que hasta el día cuando el derecho internacional de los derechos humanos y su doctrina servicial no suelten franca, completa y definitivamente el lastre colonial de la antropología supremacista no se producirá un arranque sostenido de una narrativa histórica solvente acerca de los derechos humanos. Seguirán pasando sin más por tales los derechos humanos de las Naciones Unidas, pese a sus hipotecas no solo históricas, pues son gravosas aún en el presente. ¿Quién iba a pensar que algo tan elemental, tan vital para todas y todos, como el derecho a la propia cultura o a las culturas que, sucesiva o acumulativamente, nos apropiemos no está reconocido como derecho humano en términos generales? Quienes tenemos lo primero asegurado por nacimiento en el seno de un Estado que ha hecho suya nuestra cultura ni siquiera lo echamos de menos. Las Naciones Unidas no lo han reconocido en dichos términos generales porque una parte de la humanidad no lo necesita y a la otra se la quería privar. Aun sabido esto, ¿quiénes pueden echar pestes de los derechos humanos?

Poder, pueden quienes piensan en serio que los derechos de los seres humanos deben preceder, sentando las premisas, al derecho producido por los Estados, ya por separado, ya como miembros de Naciones Unidas, al tiempo que constatan cómo semejante planteamiento se predica

línea justamente desencantada, ahora, S. L. Hoffmann (ed.), *Human Rights in the Twentieth Century*.

67. B. Rajagopal, *International Law from Below*, pp. 174-189; M. L. Burgis, *Boundaries of Discourse in the International Court of Justice: Mapping Arguments in Arab Territorial Disputes*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009.

68. Para testimonio de un estado crítico de conciencia, mas teniéndose a la vista embarazos de crecimiento y no hándicaps de nacimiento, el intercambio entre P. Alston, «The Myopia of the Handmaidens: International Lawyers and Globalization», y S. V. Scott, «International Lawyers: Handmaidens, Chefs, or Birth Attendants?»: *European Journal of International Law*, 8 (1997), pp. 435-448, y 9 (1998), pp. 750-756, Análogamente, F. Mégret y F. Hoffmann, «The UN as Human Rights Violator? Some Reflections on the United Nations Changing Human Rights Responsibilities»: *Human Rights Quarterly*, 25 (2003), pp. 314-342, no se ocupan de si el derecho internacional de los derechos humanos pueda ser lesivo de los derechos humanos, sino de acciones que los conculquen acometidas de una u otra forma, no siempre tan solo por omisión, bajo la autoridad de Naciones Unidas.

al tiempo que se defrauda. Se hace esto desde unos orígenes. La misma Declaración Universal de los Derechos Humanos se concibió y sirvió para ocultarse la cancelación del derecho a la libre determinación de los pueblos proclamado por los Estados aliados en la guerra mundial y que se autodenominaron Naciones Unidas antes de la fundación de las Naciones Unidas sin solución de continuidad, así como para ponerse término al tímido reconocimiento internacional de algunos derechos de minorías por parte de la organización internacional precedente, la Liga de Naciones<sup>69</sup>. La ignorancia de estas particularidades históricas hace un flaco favor a la propia Declaración Universal que se cree estar promocionando con su recalitrante mitificación. La historiografía jurídica profesional sigue contribuyendo tanto mediante la defección como, cuando acude, con la complacencia y el servilismo.

A los efectos prácticos que son al cabo, aunque a menudo se olvide, los esenciales, Naciones Unidas no tenía en 1948 posibilidad alguna de garantizar derechos del individuo, mientras que habría podido perfectamente comenzar por hacerse cargo del derecho a la libre determinación de los pueblos, de todos ellos. Optando por no hacerlo, la Declaración Universal nació defraudando. La historiografía translaticia narra que sus principales impulsores (John Humphrey, Eleanor Roosevelt, René Cassin...) se sintieron profundamente frustrados ante el empantanamiento de su obra durante años. Nunca quisieron comprender que, sin libre determinación de pueblos, esto es con la continuidad del colonialismo, la Declaración misma resultaba una burla y un fraude o, aún peor, un dispositivo belicoso del mismo dominio colonial<sup>70</sup>. Jamás comprendieron que en las latitudes coloniales se entendiera, por experiencia en carne propia,

69. En lo primero ahora insiste S. Moyn, *Human Rights in History*; en lo segundo, M. Mazower, «The Strange Triumph of Human Rights». Respecto al derecho precedente de minorías reflejando condicionamientos y limitaciones, C. Fink, *Defending the Rights of Others: The Great Powers, the Jews, and International Minority Protection, 1878-1938*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004; sobre la frustración entonces de las expectativas suscitadas, como más tarde con los primeros anuncios de lo que serían las Naciones Unidas, por una falsa apertura anticolonialista, E. Manela, *The Wilsonian Moment: Self-Determination and the International Origins of Anticolonial Nationalism*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

70. Sobre el personaje clave a este efecto, el sudafricano Jan Smuts, S. Dubow, «Smuts, the United Nations, and the Rhetoric of Race and Rights»: *Journal of Contemporary History*, 43 (2008), pp. 45-74. Aun no siendo un estudio sistemático, M. Mazower, *No Enchanted Palace*, resulta ahora esencial para tal ubicación originaria de los derechos humanos en el proyecto de continuismo colonial que, bajo la invocación de los mismos, inspirara la fundación de las Naciones Unidas; su primer capítulo (pp. 28-65) está dedicado al susodicho Smuts. Ante la refundación de la organización internacional, podría replicarse la incisiva pregunta que E. Manela, *The Wilsonian Moment*, se hace respecto al objetivo fundacional de la Liga de Naciones como epígrafe de su último capítulo, el décimo (pp. 197-213): «A World Safe for Empire?».

que no hay derechos del individuo sin la libre determinación del pueblo<sup>71</sup>. Aquellos presuntos progenitores de los derechos humanos fueron los primeros en ignorar olímpicamente la necesidad de articulación entre derechos humanos complementarios, los del individuo y los del pueblo con cuya cultura el individuo se identifica y en la que vive. Su problema fue con la libre determinación, no, por ejemplo, con el *apartheid* netamente racista que, salvo por lo tocante a la minoría hindú, Naciones Unidas por entonces avalaba<sup>72</sup>.

La historiografía habitual de los derechos humanos, que suele darse por sabida sin especiales requerimientos de investigación, está de raíz dañada y daña de gravedad el derecho por el propio mito que impenitentemente alimenta. Aunque todavía, desde luego, pese, está hoy suficientemente desvelado el lastre de la mitología de los Estados transmutados en naciones que ha presidido el nacimiento mismo de la historiografía jurídica profesional<sup>73</sup>. El desvelamiento se está conduciendo al extremo de negar la propia existencia de naciones o de pueblos, denunciándolos como entes genéticamente imaginarios incluso en los casos de los que nunca han accedido a constituirse como Estados, a fin de reducir los derechos, unos derechos genéricamente humanos, a títulos de los individuos en exclusiva, lo que va significativamente unido a la mitificación de Naciones Unidas como sujeto de la historia a unos niveles equivalentes o superiores a los tradicionales de las entidades estatales o similares sin necesidad de un gran desarrollo historiográfico<sup>74</sup>. Para ellas, para su derecho,

71. Nunca lo entenderán tampoco quienes les celebran: M. Agi, *René Cassin, 1887-1976. Prix Nobel de la Paix. Père de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, París, Perrin, 1998; M. A. Glendon, *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, Nueva York, Random House, 2001; C. T. Curle, *Humanité: John Humphrey's Alternative Account of Human Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 2007.

72. C. Anderson, la autora de *Eyes off the Prize: The United Nations and the African American Struggle for Human Rights*, tiene anunciado un nuevo título: *Apartheid: The Making and Unmaking of International Approval of White Supremacy in South Africa, 1945-1994*. El título *Eyes off the Prize* procede, por contraste mediatizado, de una canción tradicional afroamericana, como ya sabemos; la mediatización fue la de una serie de televisión y de publicaciones de carácter, en cambio, celebratorio y complaciente que habían abusado del título *Eyes on the Prize*.

73. La bibliografía que interesa al desvelamiento ya es poco menos que inabarcable. Me contraigo a alguna reciente de un solo caso desvelador a su vez de las simplificaciones a las que ha conducido B. Anderson, *Imagined Communities* (1983), el caso de una nación latinoamericana: A. Múnera, *Fronteras Imaginadas, La construcción de las razas y de la geografía en el siglo XIX colombiano*, Bogotá, Planeta, 2005, conviniendo añadir, pues interesa neurálgicamente al asunto, con referencia igualmente al caso de Colombia, E. Rey (ed.), *Indígenas sin derechos. Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas*, Bogotá, CECOIN, 2007.

74. Ante el escaso desarrollo de la correspondiente historiografía y la llegada ahora de una de empuje crítico, se impulsan investigaciones como las de la serie ya menciona-

su doctrina y su historiografía, *la humanidad* es una comunidad imaginada a la que la propia organización internacional, esto es, entre Estados, representa<sup>75</sup>. Por esto, y no por otra razón más sustantiva, son *humanos* los derechos que proclama y es *universal* la Declaración.

En un contexto tal, aunque se sublimen y no identifiquen estrictamente con el cuerpo normativo de Naciones Unidas, puede producirse la exaltación de los derechos humanos por encima de su propia historia. Y puede la cláusula colonial estar de vuelta en la forma no tan nueva de exención respecto a los derechos humanos en beneficio de los Estados que se proclaman sus promotores y defensores en el desarrollo de su presunta labor de defensa y promoción<sup>76</sup>. Donde la cláusula colonial sigue en todo caso plenamente operativa es en la misma historiografía convencional de los derechos humanos con su punto de partida en el *West* y con todas las incorporaciones que se quieran del *Rest* a constelación y a órbi-

da del United Nations Intellectual History Project, cuya conclusión estaba programada para 2010, sobre la que puede encontrarse información en línea: <http://www.unhistory.org>. A una presentación de pre conclusiones del proyecto se ofrece libre acceso en el mismo sitio: R. Jolly, L. Emmerij y T. G. Weiss, *The Power of UN Ideas: Lessons from the First 60 Years. A Summary of the Books and Findings from the United Nations Intellectual History Project*, Nueva York, UNIHP, 2005. La serie se publica por la Indiana University Press. En la misma vena de historia para casa, C. N. Murphy, *The United Nations Development Program: A Better Way?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

75. Como se ha visto, C. T. Curle titula *Humanité* su reciente acercamiento hagiográfico a la figura de John Humphrey desde posiciones, más que de universalidad, de *catolicidad* o al menos de cristianismo; escribiendo en inglés, titula en un francés que no solo homenajea el origen *québécois* del personaje, sino que también apunta a la entronización de la categoría por delante de una tríada igualmente imaginaria y fraudulenta en la historia de los derechos, la de *liberté, égalité, fraternité*. Lo que subraya (p. x) es lo primero y que el doble sentido intraducible al inglés de la palabra *humanité*, la humanidad y el talante humanitario, reflejaría el espíritu de quienes sacaron adelante la Declaración Universal, todo así de presuntivo; nada sorpresivamente, a continuación (p. 3) se evoca por esta publicación académicamente sería la referida imagen multirracial tipo Benetton, ahora identificada, como si fuera la actual expresión de dicho espíritu, nada menos que con un anuncio de Coca-Cola («*I'd like to teach the world to sing...*» [Me gustaría enseñar al mundo a cantar...]). Sobre la otra cara, la no ficticia, de la invocación de la humanidad en vano, D. Zolo, *Chi dice umanità. Guerra, diritto e ordine globale*, Turín, Einaudi, 2000 (trad. *Invoking humanity: war, law and global order*, Londres, Continuum, 2002). Sobre las dificultades de la terminología en inglés, la entrada en materia de B. Mazlish, *The Idea of Humanity in a Global Era*, Nueva York, Palgrave MacMillan, 2009.

76. Para una exacerbación de la mitología histórica en significativa connivencia, aun entre escrúpulos y reservas, con la recuperación de los derechos humanos como arma agresiva de militancia imperialista, M. Ignatieff, *The Rights Revolution*, Toronto, House of Anansi, 2000; Id., *The Lesser Evil: Political Ethics in an Age of Terror*, Princeton, Princeton University Press, 2004. Mitología y connivencia no van, por supuesto, necesariamente unidas: B. Bowring, *The Degradation of the International Legal Order? The Rehabilitation of Law and the Possibility of Politics*, Abingdon, Routledge, 2008. Hay un Forum Ignatieff para debate en *Iura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, revista en línea: <http://www.juragentium.unifi.it>.

tas trazadas por el primero. Es una historiografía todavía mimética de la narrativa propia del derecho internacional con su ceguera hacia cualquier orden a tal escala de humanidad entera que no sea el de la expansión *occidental*. La imposición colonial se conserva como patrón de la historiografía incluso cuando ya no impera en el derecho.

En el actual discurso historiográfico, la cláusula colonial, ya siempre naturalmente sobrentendida, no excluye, sino que sateliza. La misma imagen de dominio resulta más patente, por supuesto, con la supeditación que con la exclusión, pero ahora se impone bajo apariencias no impositivas a las que asiste la propia inercia de la historiografía. Esta se mueve con retraso con respecto al derecho internacional de los derechos humanos, los cuales ciertamente se encuentran más *occidentalizados* en el escenario historiográfico que en el jurídico. Mas por esto no habrá de deducirse que la historiografía se desconecta de la realidad y pierde importancia. Ni siquiera ha de descartarse que la misma opere de alguna forma sobre el derecho a los propios efectos jurídicos, precisamente por condicionarlo y limitarlo con la imagen más atávica que guarda, alimenta y transmite. La performatividad a veces puede más que la normatividad. Y hay siempre interactividad. La mitología histórica de los derechos humanos está embebida en su doctrina y en su política, una doctrina y una política que siguen con ello a su vez tanto presidiendo sobre la historiografía como eludiéndola y ninguneándola en los contados casos cuando deja de estar a su servicio<sup>77</sup>.

El derecho internacional y la doctrina internacionalista, con la historiografía por lo general inclusive, siguen en lo esencial sintonizando no solo por una dependencia que nunca es en exclusiva unidireccional, sino también porque ambos responden a un mismo signo de fondo *absolutista*. Ambos a la hora de la verdad, al margen de lo que prediquen, lo que presumen y propugnan es la derivación de los derechos respecto al derecho; de los derechos humanos en relación a la Declaración Universal y a su ulterior desenvolvimiento conforme al orden debido de la secuencia de generaciones por parte de las Naciones Unidas. Para despejarse el terreno y disolverse dependencias, una historiografía no servil del derecho internacional debería comenzar por poner en evidencia el *absolutismo* normativo dominante, esto es, la posición persistentemente entreguista de todo derecho, comprendido el de los derechos humanos, a los Estados y a las Naciones Unidas, para lo que habría muy especialmente de interesarse por desvelar disidencias, esto es, en concreto, posiciones que realmente situasen los derechos humanos por encima y como premisa de todo ordenamiento, internacional, de Estado, de pueblo u otro,

77. Recuérdense los casos ahora de M. Mazower, *No Enchanted Palace* y de S. Moyn, *The Last Utopia*.

sea de Iglesia, corporación o agregación con poder de cualquier tipo<sup>78</sup>. A partir de tales constancias en el terreno internacional, no estaría desde luego franqueada la historia de los derechos humanos, pero, puesto así en evidencia el *absolutismo* internacionalista, el de las Naciones Unidas que es reflejo al cabo del propio de los Estados, se aclararía al menos su objeto<sup>79</sup>.

El paso primerísimo para hacer historia, doctrina e historia de la doctrina ya lo conocemos, el de no *absolutizar* el derecho internacional de los derechos humanos reconocidos por los Estados en Naciones Unidas y entendidos como justiciables, o al menos como reclamables frente a ellos por compromisos contraídos mediante tratados o, respecto a los mismos, y en esto también a otros agentes, por la vía más dudosamente efectiva de un derecho consuetudinario<sup>80</sup>. Del registro de la Declaración Univer-

78. Como piedra de toque para ambos elementos, el de la regla imperante y el de las desviaciones excepcionales, respecto a derecho y doctrina de Estado en los casos de Francia e Italia, P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milán, Giuffrè, 1998; para un debate de la categoría en relación a los derechos, B. Clavero, «*La Paix et la Loi ¿Absolutismo constitucional?»: Anuario de Historia del Derecho Español*, 69 (1999), pp. 603-645. Por lo que respecta al derecho internacional de los derechos humanos en su momento fundacional de Naciones Unidas, suele marcarse la disidencia, por tomárselos precisamente en serio, de H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights* (1950), Nueva York, Garland, 1973 (E. Lauterpacht, *The Life of Hersch Lauterpacht*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, cap. 8, «Human rights»), pero no existe el estudio que interesaría sobre las disidencias en plural no solo además del ámbito *occidental*.

79. Signo elocuente del *absolutismo* de base del derecho internacional de los derechos humanos se da incluso cuando menos se debiera. En 1998, la Declaración de Naciones Unidas sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos asume tal obligación de defender unos derechos que así como se definen es en unos términos concesivos, como si se necesitase permiso de Naciones Unidas para que el derecho exista y pueda ejercerse, lo que es la clave del absolutismo normativo. No hay que decir que para la doctrina prevalente, esta Declaración constituye un avance histórico y esto, en particular, por el espacio que abre a las organizaciones no gubernamentales e incluso a las personas defensoras de los derechos humanos sin más problema que el de su contención a dicho determinado efecto, como si no se tratase de manifestación de libertad sin más: S. F. Marks, «The United Nations and Human Rights», en R. P. Claude y B. H. Weston (eds.), *Human Rights in the World Community: Issues and Actions*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2006, pp. 341-355, procedente, mediante adaptación por el autor, de B. H. Weston y S. F. Marks (eds.), *The Future of International Human Rights*, Ardsley, Transnational, 1999, pp. 291-350; C. Bob (ed.), *The International Struggle for New Human Rights*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2009. Otra cosa es, desde luego, que Naciones Unidas con todos sus organismos se comprometa en la defensa de quienes defienden derechos humanos comenzando por quienes defiendan sus derechos propios y, como suele, no al contrario.

80. La pauta más común de la doctrina internacionalista es la que exponen los «Commentary and Conclusions» de D. Shelton en *Commitment and Compliance*, en el sentido de entender que, en rigor, como orden vinculante, el derecho internacional solo se compone del derivado de tratados entre Estados y del convertido por la práctica de estos mismos en costumbre normativa, lugar este donde la Declaración Universal quedaría finalmente

sal digamos que ni histórica ni actualmente, presuman cuanto quiera la doctrina y la política, ni agotó ni agota los derechos humanos; ni los creó ni los crea; ni los determinó ni los determina, por fortuna para las posibilidades de derechos universales y sujetos iguales.

Visto así, no solo estamos ante unas historias por hacer ver, sino también ante unos derechos por hacer valer. La interdependencia de ambos compromisos y la compenetración entre ambas tareas ya nos consta más que de sobra. Para lo bueno como para lo malo, sin cláusula colonial o todavía con ella, haciéndose historiografía puede hacerse derecho. La buena historiografía puede hacer buen derecho igual que el mal derecho viene haciendo mala historiografía.

comprendida. El fundamento de autoridad de una posición tan generalizada es anterior al derecho internacional de los derechos humanos, el que se ofrece el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia con referencia final en la determinación del orden normativo entre Estados, pues entonces todavía no alcanzaba a individuos ni a pueblos, tanto a determinados Estados, «los civilizados», como a determinada doctrina, «la más altamente cualificada» (*civilized nations* y *most highly qualified publicists*), evidenciándose el trasfondo colonial con tales expresiones supremacistas que tanto gusta sintomáticamente repetir al iusinternacionalismo establecido.

¿GLOBALIZACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO?  
 TRANSNACIONALIDAD DE EMPRESAS ENTRE PODERES  
 Y DERECHOS (1947-2012)

El reciente énfasis internacional en la moral se caracteriza no solo por acusaciones de atentados contra los derechos humanos dirigidas a países ajenos, sino también por el autoescrutinio.

Elazar Barkan, *The Guilt of Nations*, 2000

Desde una perspectiva histórica, la investigación académica poscolonial está cargada de razón al alegar que la problemática jurídica del colonialismo no llega a su término con el establecimiento de regímenes nacionalistas o indígenas como consecuencia de la descolonización.

Marouf Arif Hasian, Jr., *Colonial Legacies*, 2002

Si los derechos humanos se han convertido en una de las lenguas francas del universo globalizado, esto no significa en absoluto que las culturas locales se hagan irrelevantes. Si los derechos humanos comunican tenuamente entre culturas, cobran en cambio significados bien densos en el interior de las mismas.

Kenneth Cmiel, *The Recent History of Human Rights*, 2004

I. INTRODUCCIÓN: ¿HACIA LA GLOBALIZACIÓN  
 DE UN CONSTITUCIONALISMO INTEGRADO?

Érase una vez el Estado. Ya no es lo que fue no tanto tiempo ha. Ni la sociedad internacional es lo que ha sido hasta hace bien poco. Tal vez sea mejor decir que los Estados ya no son lo que se han creído ni la sociedad internacional lo que los mismos Estados se han figurado. Unas realidades

no van a la par de unos imaginarios, aunque estos, desde luego, concurren a conformarlas o contribuyan a hacerlas lo que son<sup>1</sup>.

Los Estados nunca han sido los únicos creadores ni operadores del derecho como han llegado a pretender ni el derecho de la sociedad internacional se ha reducido en momento alguno a un orden dependiente de la voluntad o la tolerancia de los Estados, como igualmente se ha pretendido por parte precisamente de los mismos. Lo que resulta cierto es que tamañas ficciones llegaron a entronizarse en el campo del derecho formalizado por los propios Estados y que, en este mismo terreno que se entiende jurídico por formal, las cosas están cambiando dramática y aceleradamente. El derecho ya no es ciertamente lo que era. Sus ficciones, por no decir sus ilusiones, ya no imperan a nuestras alturas tan fácil y cómodamente. Ya no cuentan ni con la apariencia<sup>2</sup>.

El constitucionalismo era en tiempos, hasta hace, en efecto, no tanto, cosa de Estados. Lo era la garantía institucionalizada de derechos y lo era el ejercicio regulado de poderes. Había derecho por encima de los Estados, pero no específicamente derechos ni estrictamente poderes en términos por igual de derecho. Hoy hay poderes y derechos supraestatales, incluso tendencialmente globales, no siempre, los unos como los otros, pasando por la venia implícita o por el reconocimiento explícito de los Estados, por su tolerancia o por su voluntad. Hay mecanismos de garantía de derechos y de ejercicio de poderes, estos además tanto constituidos sobre los Estados como formados al margen de los mismos. Lo que es más, hoy el propio constitucionalismo estatal está penetrado y permeado por derechos y poderes que se desenvuelven en espacios internacionales, ya regionales, ya globales. Cabe incluso preguntarse si la Carta

1. Las dos secciones de este capítulo, la de conocimientos tradicionales y la de empresas transnacionales, fueron originalmente realizadas para el *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* y para la *Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales*, esta peruana. Las reviso, adapto y desarrollo. La convocatoria de un seminario (marzo, 2012) por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo de Madrid dedicado a un tema formulado, conforme a propuesta de P. Schiera, en términos de tránsito y problema, *Del poder legal a los poderes globales: Problemática de legitimación*, me ha animado a integrar ambos trabajos a fin de ocuparme de cuestiones en común entre poderes y legitimaciones. El impulso primero se debió también a un seminario, este a iniciativa de C. Espósito y E. Gómez Calle, sobre *La protección de los bienes jurídicos globales*, proponiéndome el tema de *Los conocimientos tradicionales*, celebrado en el Aula Tomás y Valiente de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (noviembre, 2011).

2. P. Grossi, *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid, Trotta, 2003; *Derecho, Sociedad, Estado*, México, Escuela Libre de Derecho, 2004; *La primera lección de derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2006; *De la codificación a la globalización del Derecho*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson, 2010, limitándome al registro de ediciones en castellano de sus puestas directas en evidencia no solo de ilusiones actuales, sino también de cualidades pasadas y presentes del derecho.

de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos tienen sentados los cimientos de un orden constitucional global en desarrollo desde entonces, desde 1945 la Carta y 1948 la Declaración. En todo caso, el constitucionalismo de Estados ya no es lo que era<sup>3</sup>.

La repercusión de un novedoso constitucionalismo supraestatal sobre el constitucionalismo tradicional de los Estados se hace comúnmente radicar, por quienes lo aprecian, en el extremo genuinamente más constitucional, el de los derechos y sus garantías. No solo se trataría de que a esta función ya también se atiende a niveles internacionales, el regional y el global, sino también de que así se genere una dinámica impulsando a los Estados a la recuperación, ampliación y fortalecimiento de su propio desempeño al respecto. Estaría de este modo ya integrándose un solo constitucionalismo bajo el protagonismo remozado de los Estados y con la participación de instancias internacionales más o menos escalonadas o incluso tendencialmente jerarquizadas<sup>4</sup>. Es el escenario ante el que se están acuñando expresiones como la de *multilevel constitutionalism* o también, por cuanto que toma en cuenta la dimensión supraestatal que repercute en los Estados para beneficio en particular de los derechos, la de *neoconstitucionalismo* como constitucionalismo recuperado y renovado. Tampoco las constituciones son ya lo que eran, aunque parezcan en ocasiones las mismas, puesto que han dejado de operar en solitario<sup>5</sup>.

3. A. Peters, «Global Constitutionalism Revisited»: *International Legal Theory*, 11 (2005), pp. 39-65; R. St. John MacDonald y D. M. Johnston (eds.), *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Order of the World Community*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005; B. Fassbender, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009; J. Klabbbers, A. Peters y G. Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009; J. L. Dunoff y J. P. Trachtman (eds.), *Ruling the World?: Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; I. Gutiérrez, «De la Constitución del Estado al Derecho constitucional para la Comunidad internacional», en A. Peters, M. J. Aznar e I. Gutiérrez (eds.), *La constitucionalización de la Comunidad internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 15-91; C. E. J. Schwoebel, *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011; G. Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

4. A. F. Bayefsky, *The UN Human Rights Treaty System: Universality at the Crossroads*, La Haya, Kluwer, 2001 (para su desarrollo actual: [ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx](http://ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx)); N. Tsagourias (ed.), *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007; C. Heijns y F. Viljoen, *The Impact of the United Nations Human Rights Treaties on the Domestic Level*, La Haya, Kluwer, 2002; M. E. Góngora Mera, *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2011.

5. La segunda expresión se aplica ahora mayormente al espacio latinoamericano: R. Quaresma, M. L. P. Oliveira y F. Martins Riccio (eds.), *Neoconstitucionalismo*, Río de Janeiro, Forense, 2009; M. Carbonell y L. García Jaramillo (eds.), *El canon neoconstitucio-*

Los derechos se consideran la clave que conecta y articula constitucionalismo, especialmente desde un nivel global, el nivel de los derechos humanos como derechos constitucionales replicados y desarrollados por las constituciones de Estados<sup>6</sup>. Bien está, pero los derechos no son el único componente necesario de los sistemas constitucionales de un nivel o de varios. Para identificar la situación y situarnos en posición de abordarla, ¿no estamos concentrándonos demasiado en los derechos de forma que se nos puede escapar la perspectiva más o menos constitucional de conjunto, una perspectiva que no puede prescindir de los poderes menos que más constitucionales? La concurrencia de presuntos constitucionalismos supraestatales no siempre opera en la línea más genuinamente constitucional, la de los derechos<sup>7</sup>. A nivel internacional, más que en el estatal, hay poderes no constituidos para el reconocimiento, promoción y garantía de los derechos. En el escenario internacional, más que en el estatal, hay poderes concurrentes imprevistos en cuanto tales para el derecho que modifican profundamente el panorama. Voy a ocuparme de este último aspecto en lo que concierne a las empresas transnacionales. Las empresas tampoco son lo que eran<sup>8</sup>.

nal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010; con otra selección de capítulos, Madrid, UNAM-Trotta, 2010; posteriormente, respecto a la vertiente que aquí interesa, E. Meier García, «(Neo)constitucionalismo e internacionalización de los derechos»: *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 15 (2012), pp. 27-64. La primera expresión se aplica más al espacio europeo: N. Walker, «Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate», en K. Tuori y S. Sankari (eds.), *The Many Constitutions of Europe*, Farnham, Ashgate, 2010, pp. 143-167. Entre una y otra de estas expresiones, ya hay quien está hablando de *posneconstitucionalismo multinivel*.

6. B. Fassbender, «La protección de los derechos humanos como contenido central del bien jurídico internacional», en A. Peters, M. J. Aznar e I. Gutiérrez (eds.), *La constitucionalización de la Comunidad internacional*, pp. 121-172 (original, «Der Schutz der Menschenrechte als zentraler Inhalt des völkerrechtlichen Gemeinwohls»: *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 30 [2003], pp. 1-16); A. de Julios-Campuzano, *La globalización ilustrada. Ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo*, Madrid, Dykinson, 2003; S. Gardbaum, «Human Rights as International Constitutional Rights»: *The European Journal of International Law*, 19-4 (2008), pp. 749-768; el mismo, «Human Rights and International Constitutionalism», en J. L. Dunoff y J. P. Trachtman (eds.), *Ruling the World?*, pp. 233-257.

7. P. Dobner y M. Loughlin (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Nueva York, Oxford University Press, 2010, con preguntas bien pertinentes de entrada, como la de U. K. Preuss, «Disconnecting Constitutions from Statehood: Is Global Constitutionalism a Viable Concept?» (cap. 2).

8. J. H. Dunning y S. M. Lundan, *Multinational Enterprises and the Global Economy*, edición actualizada, Cheltenham, Edward Elgar, 2008; A. Teitelbaum, *La armadura del capitalismo. El poder de las sociedades transnacionales en el mundo contemporáneo*, Barcelona, Icaria, 2010; G. Ietto-Gillies, *Transnational Corporations and International Production: Concepts, Theories and Effects*, edición actualizada, Cheltenham, Edward Elgar, 2012. El manual de R. A. Ajami, K. Cool, G. J. Goddard y D. Khambata, *International Business: Theory and Practice*, edición actualizada, Armonk, M. E. Sharpe, 2006, habla

Que, si no el constitucionalismo, el panorama donde el mismo se desenvuelve resulta nuevo podemos bien saberlo quienes nos dedicamos a la historia del derecho interesándonos en el tiempo contemporáneo, con el contraste cada vez más a la vista entre el mundo de Estados del siglo XIX y el universo de su desbordamiento a la entrada del siglo XXI. Soy historiador y jurista. Como historiador no me atrae el pensamiento que parece elevarse a las alturas en la medida en la que no se mueve con los pies a ras de tierra por el firme de los datos verificables. Como jurista me tienta el pensamiento normativo, el que tampoco se eleve como los aeroplanos por encima hasta de las nubes, sino que se maneje entre normas por comprenderlas, diseccionarlas y, en su caso, desafiarlas. Para reflexionar entonces acerca de derechos y poderes de vocación global y de su eventual relación de constitucionalidad, voy a ocuparme de un par de asuntos concretos, uno referente a las instituciones internacionales que inciden en el ámbito sensible del conocimiento humano y de su aprovechamiento económico mediante el mercado, y el otro tocante a la cuestión más abarcadora del reto mismo que plantean las empresas transnacionales de cara a los derechos humanos. Hablo de global siempre en términos de tendencia o de vocación, no de consumación ni de logro.

Tienen ambas secciones en común la problemática de lo que resulta una creciente apertura de espacio y una acelerada reserva de poderes a disposición de empresas fácilmente en conflicto y difícilmente en acuerdo con la predicación universal de los derechos humanos bajo la cobertura de una doctrina iusinternacionalista que toma ese escenario como dado para tratar de compaginar poderes y derechos, en este orden. Ante situación tan desafiante, sigo la guía de Francisco Tomás y Valiente: «No hay dogmática sin historia. O no debería haberla, porque los conceptos y las instituciones no nacen en un vacío puro e intemporal, sino en lugar y fecha conocidos y a consecuencia de procesos históricos de los que arrastran una carga quizás invisible, pero condicionante»<sup>9</sup>. Más razón hay para acudir a la historia si la lógica por traer a la luz, pues no está a la vista, puede arrastrar desde el pasado una pesada e interesada hipoteca sobre el presente proyectando su sombra en dirección al futuro, a un tiempo no visible. Los tiempos no son lo que eran ni tampoco lo que serán.

de «mayoría de edad» de las empresas multinacionales desde finales de la segunda guerra mundial (p. 7), esto es desde el momento que nuestra historia de organizaciones internacionales tendrá por arranque.

9. F. Tomás y Valiente, *Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales*, en sus *Obras completas*, Madrid, CEPC, 1997, vol. III, pp. 2587-2630, trabajo de edición póstuma; párrafo de arranque. Con Tomás y Valiente como maestro inicié mi viaje de regreso de la historia al derecho aprendiendo a mirar y comprender, analizar y fiscalizar, el derecho desde la historia sin un ápice de la nostalgia que suele acompañar este tipo de trayectos entre tiempos.

Lo trataré todo secuencialmente como narrativa de historia por partida doble, para cada una de las secciones. Son sus cuestiones puntos de presente en las líneas entre pasado y futuro. Historia de presente con proyección, que no predicción, hacia el porvenir es lo que aquí pretendo producir<sup>10</sup>. Se dirá que así lo que me apresto a hacer es discurso normativo, pero toda historiografía, cuánto más la del derecho, resulta normativa, dígame también moral, aunque no esté ciertamente entre sus costumbres la de asumir conciencia plena y reconocerlo con franqueza<sup>11</sup>. Hay más. Cuando en un momento de la vida se activa el interés por asuntos esenciales que además no son única o ni siquiera principalmente los intelectuales, pues la vida apura y porque asalta la sensación de no haberse aprovechado cabalmente, la obra propia de historia reclama no solo más conciencia, sino también más normatividad, dígame también moralidad o incluso moralismo. Cuando la incertidumbre del futuro o la certidumbre de la finitud del tiempo personal agobian, la historia del presente apremia más todavía. El resto pareciera entonces que ni mereciese el nombre de historia, sino el de prehistoria, por no decir que el de arqueología. Quiere uno pensar que aferrarse a la historiografía para el abordaje de la actualidad no es una deformación profesional, sino el modo como se ha aprendido a alcanzar alguna comprensión de los puntos de presente situándolos en las líneas del tiempo en cuestión y así también localizando las limitaciones de la propia posición<sup>12</sup>.

10. T. G. Ash, «El presente como historia»: *Claves de Razón Práctica*, 102 (2000), pp. 22-26, que es introducción a la edición española de su *History of the Present: Essays, Sketches, and Dispatches from Europe in the 1990s*, Londres, Routledge, 1999; P. Grossi, «El punto y la línea (Historia del derecho y derecho positivo en la formación del jurista de nuestro tiempo)», en su *Derecho, Sociedad, Estado*, pp. 77-98, que fue lección de doctorado *honoris causa* en la Universidad de Sevilla, 1998. No solo como miembro que he sido de una instancia de las Naciones Unidas, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas durante el trienio 2008-2010, no me falta para la historia de presente del derecho internacional y su política el componente vivencial de testimonio «periodístico» que T. G. Ash encarece. Lo digo también a los efectos de que a las fuentes que expresamente cito ha de añadirse mi corta experiencia en las Naciones Unidas.

11. Para ejemplo de franqueza sobre temas bien sensibles (matrimonio entre personas del mismo sexo, crímenes motivados por odio de grupo, derecho racista por colonial o colonial por racista, costes de inclusión de la mujer en la ciudadanía masculina...), dejando de paso en evidencia la inconsciencia habitual, A. L. Brandzel, *Queering the Subject(s) of Citizenship: Beyond the Normative Citizen in Law and History*, trabajo de posgrado en la Universidad de Minnesota, 2006, disponible en google-books, con solo algún capítulo editado hasta el momento en revista: «Queering Citizenship? Same-Sex Marriage and the State»: *GJQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, 11-2 (2005), pp. 171-204.

12. Para conciencia aguda en situación extrema, T. Judt, *Ill Fares The Land: A Treatise On Our Present Discontents*, Londres, Allen Lane, 2011; *Thinking the Twentieth Century*, Londres, Allen Lane, 2012 (de ambos hay traducciones al castellano), libros póstumos con bastante de historia de presente y propósito inequívocamente normativo, escrito el uno y ya dictado el otro, a T. Snyder, por la urgencia del acecho de una enfermedad mortal

Adopto un contrapunto que marca mi perspectiva, el contrapunto normativo de los derechos humanos, naturalmente, pero concretando más. Tomo como referencia los derechos de los pueblos indígenas, un contrapunto que resulta incluso necesario, como podremos constatar, para la inteligencia de la historia que vamos a contemplar. En cuanto que derechos humanos, los derechos de los pueblos indígenas no difieren, desde luego, de los del resto de la humanidad, pero con una peculiaridad que los hace especialmente indicados al propósito de contraste con poderes transnacionales. Como no cuentan con Estado propio que ampare sus derechos en la práctica, dada esta razón de fondo, aunque no suela así reconocerse, con lo que cuentan hoy en el orden internacional, desde hace poco, es con garantías específicas de sus derechos humanos, estos los comunes, valga la insistencia para prevenir, ya de entrada, equívocos. Los pueblos indígenas no constituyen un poder global, pero son hoy una presencia global que puede asistir para movernos en el escenario, cuando no para bastante más. Con las garantías internacionales de los derechos de los pueblos indígenas como derechos comunes cabe decirse que los derechos humanos pueden comenzar a globalizarse<sup>13</sup>.

La globalización de los derechos solo es factible desde que las Naciones Unidas han corregido el rumbo extendiendo a las personas, las comunidades y los pueblos indígenas el derecho internacional de los derechos humanos que, por secuelas del colonialismo, no venía alcanzando a una humanidad sin amparo de Estado propio. Unos tiempos que entendemos como posconstitucionales, los nuestros, los de toda una historia de presente, tienen todavía un algo o quizás bastante de coloniales<sup>14</sup>.

que le incapacitaba en vida. Judt ayuda a franquear conciencia a riesgo de dejar en evidencia las limitaciones de la propia localización cultural como académico finisecular de matriz europea cargado además de moralidad política, *mon semblable*. Por otra parte, M. Foucault, *La arqueología del saber* (1969), México, Siglo XXI (1970), 2010 (y su obra más historiográfica relacionada: *Naissance de la clinique*, 1963; *Surveiller et punir*, 1975...) enseña a leer sin las entrelíneas de una localización hipotecada de cultura dominante, precisamente lo que me dispongo a aplicar al derecho internacional y a su doctrina operativa en el ámbito de las Naciones Unidas.

13. P. Thornberry, *Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester, Manchester University Press, 2002; S. J. Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2005; A. Xanthaki, *Indigenous Rights and United Nations Standards: Self-Determination, Culture and Land*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007. El panorama se ha modificado sensiblemente con posterioridad por virtud de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de septiembre de 2007, que veremos. En todo caso, esta literatura toma en cuenta el proyecto de la Declaración que en lo sustancial ya se correspondía con lo que sería el texto final.

14. E. Darian-Smith y P. Fitzpatrick (eds.), *Laws of the Postcolonial*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2009; V. Chaturvedi (ed.), *Mapping Subaltern Studies and the Postcolonial*, Londres, Verso, 2000; M. A. Hasian, Jr., *Colonial Legacies in Postcolonial Contexts: A Critical Rhetorical Examination of Legal Histories*, Nueva York, Peter Lang, 2002, de donde, p. 238, procede la segunda cita de encabezamiento de este capítulo.

El caso indígena resulta más que piedra de toque. Se coloca en el corazón de las posibilidades mismas de un constitucionalismo global, pues sin derechos globales, esto es, humanos, malamente podrá haberlo. Mas adelantemos solo cuestiones, no conclusiones. Vamos sin más preámbulo al grano. Al final del capítulo ataremos cabos o haré al menos el intento.

## II. ORGANIZACIONES MUNDIALES Y CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

### 1. *Una pizca de prehistoria*

Sea sumaria. Tras el Convenio para la Protección de la Propiedad Industrial, 1883, y el de la Propiedad Intelectual, 1885, se puso en pie la primera organización internacional encargada de dichos menesteres, los de defensa de la propiedad intelectual en su sentido más amplio que integra conocimientos industriales y en general todo el que pudiera tener un valor comercial. No es tan solo ni principalmente *copyright*, derecho de autor o autora. Se trataba de los Bureaux Internationaux Réunis pour la Protection de la Propriété Intellectuelle, las oficinas internacionales constituidas en 1893 bajo la fórmula de asociación en una sola Unión de otras previas entre Estados con radio más limitado y estructura menos estable de lo que ahora intentaba alcanzarse. Limitada y potencialmente inestable seguía siendo la organización resultante, pues congregaba solo a Estados que se reconocían y relacionaban entre sí con reserva de su soberanía en un mundo de domino colonial ejercido sobre una buena parte de la humanidad a la que los mismos, los Estados, no le concedían pie de igualdad alguno<sup>15</sup>.

Tal circunstancia repercute en la misma concretización de las categorías de bienes protegidos. Se trata no solo de los propios, sino también solapadamente de bastantes ajenos, esto mediante la protección no solo de la propiedad, sino también del poder colonial de acceso a los bienes y recursos de un resto amplio de la humanidad, por entonces una mayoría de la misma, para apropiación y explotación. Nada de esto, por supuesto, necesitaba que se especificase. Bastaba la reserva del derecho de admisión en el club de la organización bajo el principio de soberanía de los miembros, una soberanía no solo metropolitana, sino también colonial, y mediante unas reglas de interestatalidad sustantiva, esto es, de reciproci-

15. El dato colonial prácticamente ha desaparecido de la visión convencional: A. Stack, *International Patent Law: Cooperation, Harmonization and an Institutional Analysis of WIPO and the WTO*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, pp. 65-96, que son de historia. WIPO: World Intellectual Property Organization, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI); WTO: World Trade Organization, la Organización Mundial del Comercio (OMC).

dad entre los Estados que implícitamente se reservaban los respectivos poderes sobre colonias o también sobre sectores internos de humanidad con patrimonio cultural distinto y propio. En este contexto marcado por un colonialismo que hipoteca fuertemente todo el terreno nace la organización internacional de protección de la propiedad intelectual en sentido abarcador<sup>16</sup>.

Ahí que arrancamos en lo que puede considerarse una prehistoria, aunque la misma resulte que se sitúa en tiempos relativamente cercanos y que pudiera estar pesando todavía con severidad en la actualidad. Cuando, al cabo de unas cuantas décadas, la World Intellectual Property Organization u Oficina Mundial de la Propiedad Intelectual (WIPO u OMPI) que, procediendo en último término de aquellos Bureaux y guardando tracto, se formalizara en 1970, se integre en la constelación de las Naciones Unidas (NNUU) y así se constituya la actual agencia especializada suya, cuando esto acontece, los planteamientos de fondo no se revisan. A tales alturas, tras la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, y la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, 1960, esto es, tras las adopción por NNUU de una política de descolonización que ahora, y no doce años antes, se entiende debida a imperativos del «derecho humano» de los pueblos «a la libre determinación», tras todo ello, podría esperarse otra cosa. Mas el caso es que la OMPI se integra en NNUU sin revisión de unas posiciones todavía procedentes de tiempos de colonialismo franco y pleno. Los derechos humanos, inclusive los de los pueblos como tales, parece que no tuvieran nada que ver con el asunto<sup>17</sup>. Sé que se arrastra un largo debate sobre la posibilidad de derechos humanos de carácter colectivo, pero me estoy limitando en el caso a seguir el desarrollo habido por parte de NNUU<sup>18</sup>.

16. L. Whitt, *Science, Colonialism, and Indigenous Peoples: The Cultural Politics of Law and Knowledge*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

17. L. R. Helfer, y G. W. Austin, *Human Rights and Intellectual Property: Mapping the Global Interface*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, aps. 1.4: «Historical Isolation of the Human Rights and Intellectual Property Regimes» y, para lo que sigue, 1.5: «Catalysts for the Expanding Intersection of the Human Rights and Intellectual Property Regimes».

18. Para una significativa recapitación, J. Donnelly, «International Human Rights: Universal, Relative or Relatively Universal?», en M. A. Baderin y M. Ssenyonjo (eds.), *International Human Rights Law: Six Decades after the UDHR and Beyond*, Farnham, Ashgate, 2010, pp. 31-48. En la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, donde se han discutido estas páginas, su presidente, E. Garzón Valdés, el acreditado pensador argentino (M. Álvarez, *La Filosofía del Derecho de Ernesto Garzón Valdés*, Madrid, Dykinson, 2008), manifestó su rotundo rechazo a la mera idea de derechos de carácter colectivo para el caso de los pueblos indígenas: «Ignoro qué son esos derechos» (las actas de la sesión no recogerán el coloquio: P. Schiera y B. Clavero, *Del poder legal a los poderes globales. Legitimidad y medida en política*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, para 2013). Mi respuesta es la prueba del pudín, la de tener tales derechos en consideración como historia de presente, no como

Respecto a lo que aquí deba interesar, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, esta norma global, establece sucintamente que «toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente» (art. 17.1). Dispone asimismo que «toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten» y «derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora» (art. 27). ¿No falta algo? Falta el derecho humano a la propia cultura, a la cultura en la que la criatura humana se individualiza y socializa, un derecho que, de haberse registrado, hubiera sencillamente requerido el fin del colonialismo<sup>19</sup>.

Sería, habría de ser, derecho a una cultura, cualquiera de las múltiples humanas, en la que, por supuesto, se contienen conocimientos, empíricos o elaborados, sobre recursos específicos del propio medio potencialmente beneficiosos para todo el conjunto de la humanidad. El régimen internacional imperante sobre propiedad intelectual suponía la situación diametralmente contraria de apropiación y explotación de recursos y conocimientos propios y ajenos por una parte de la humanidad en su beneficio exclusivo. El derecho a la cultura propia fue rechazado de forma más franca en los debates sobre la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio que corrió en paralelo a los de la Declaración Universal<sup>20</sup>.

Posteriormente, en 1960, la Declaración sobre la Concesión de Independencia a los Países y Pueblos Coloniales reconoció ciertamente, como expresión de la libre determinación, el derecho a la cultura propia (pár. 2), pero esto con el problema de aplicársele a poblaciones comprendidas dentro de fronteras establecidas por el colonialismo y no a los pueblos mismos, como ya con anterioridad había ocurrido, en grado superior, a lo ancho y largo de las Américas. La primera negación de libre determinación ha sido la de proyección de fronteras<sup>21</sup>. Tendiendo a superarlas, es

forma alguna de doctrina apriorística y desiderativa. Tal concreto rechazo de Garzón Valdés no ha dejado de exponerse por escrito: «Pluralismo, diferencia y desigualdad», en M. Carbonell y L. García Jaramillo (eds.), *El canon neoconstitucional*, pp. 633-654, cuyos editores lo presentan (p. 29) como el «mejor entendimiento del pluralismo dentro de la lógica neoconstitucionalista», lógica que no parece entonces compadecerse o, menos, identificarse con la llanamente constitucional, nueva o vieja que se considere (cito por la edición colombiana; la mexicano-española no contiene la contribución de Garzón Valdés).

19. B. Clavero, «Multiculturalismo constitucional, con perdón, de veras y en frío»: *Revista Internacional de Estudios Vascos*, 47 (2002), pp. 35-62.

20. Sigo acudiendo a la remisión a obra propia que por lo menos puede aquí ahorrarnos espacio y tiempo: B. Clavero, *Genocide or Ethnocide, 1933-2007: How to Make, Unmake and Remake Law with Words*, Milán, Giuffrè, 2008.

21. V. Patil, *Negotiating Decolonization in the United Nations: Politics of Space, Identity, and International Community*, Nueva York, Routledge, 2008. Para América, de-

el derecho que se reitera en sendos artículos primeros de los Pactos Internacionales de los Derechos Humanos y en la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

La situación en 1970, cuando la OMPI se convierte en agencia de NNUU, era sustancialmente la de 1960. El reconocimiento en 1966 del derecho de las llamadas minorías a la cultura propia por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 27: «En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma») no suponía cambio de fondo, pues su protección se encomendaba a los Estados, aun con cierta supervisión de NNUU, y además el Pacto no había recibido todavía las ratificaciones necesarias para entrar en vigor.

En 1970 no había obstáculos sustanciales por parte de NNUU para la continuidad de un tracto colonial tras la descolonización. No existían en lo que toca a la propiedad intelectual en su sentido siempre más lato. Podía con todo seguir manteniéndose y desarrollándose un régimen internacional de la propiedad intelectual no gestado precisamente con miras a la protección de derechos no apropiables por individuos ni por Estados ni por personas jurídicas como las empresas<sup>22</sup>.

Conviene ilustrar cómo precisamente a través de un régimen de protección de propiedad, la expropiación, una expropiación realmente sistemática y masiva, podía operar. Baste el ejemplo de las especies vegetales con virtudes terapéuticas, el de estos concretos recursos genéticos. El régimen de patentes y registros internacional y estatal no reconocía el conocimiento empírico sobre virtudes terapéuticas de especies vegetales por parte de comunidades como un bien inscribible y protegible, sino tan solo el principio activo extraído en laboratorio. La investigación antropológica financiada por los correspondientes intereses accedía al conocimiento empírico; la empresa farmacéutica se lo apropiaba sin dificultades al identificar el principio activo para embarcarse en su explotación no en beneficio exactamente de la humanidad entera y, aún menos, del sector cuyo conocimiento empírico así se expropiaba. Es la práctica a la que ahora con plena razón se la llama en su alcance más general *biocolonialismo* o también, más expresivamente todavía, *biopiratería global*<sup>23</sup>.

jándose una situación aún más lesiva para los pueblos precedentes al colonialismo, los realmente sometidos al mismo, B. Clavero, *Tratados con otros pueblos y derechos de otras gentes en la constitución de Estados por América*, Madrid, CEPC, 2005.

22. A. Xanthaki, *Indigenous Rights and United Nations Standards*, pp. 217-221.

23. I. Mgbeoji, *Global Biopiracy: Patents, Plants, and Indigenous Knowledge*, Ithaca, Cornell University Press, 2006; D. Lea, *Property Rights, Indigenous Peoples and the Deve-*

## 2. *La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual entre la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, y la Organización Mundial del Comercio*

Por aquellos años de la limitada descolonización presidida por NNUU, Estados procedentes de la misma se incorporan a la organización internacional y a sus agencias, también a sus agencias, con toda la experiencia acumulada de padecimiento de colonialismo no solo directamente político, social, económico y cultural, sino también mediante mecanismos menos francos, como el del régimen de propiedad intelectual representado por la OMPI. Un primer remedio se muestra, más que insuficiente, insidioso. Que los Estados nuevos se incorporasen en pie de igualdad a organizaciones de Estados viejos manteniéndose las reglas ya establecidas no resolvía el problema, para los primeros, ni atajaba el negocio, para los segundos, de la sistemática expropiación de conocimiento y recursos mediante el régimen internacional de propiedad intelectual imperante.

En esta tesitura, frente a las previsiones de su integración en la constelación de agencias de NNUU, la OMPI se convirtió en el foro al que ese problema se trajo y en el que el negocio se cuestionó. Los Estados nuevos defendían derechos propios y, en casos también, bastante más desigualmente, derechos de pueblos comprendidos dentro de sus fronteras. Por lo que depara el futuro de entonces, presente de hoy, tampoco olvidemos que los Estados surgidos de la descolonización no se identifican exactamente con pueblos en singular. Multitud de pueblos que no forman por sí Estados y que por regla general no se encuentran reconocidos como tales pueblos por los Estados establecidos tienen patrimonio propio de conocimientos, empíricos o elaborados, que pueden beneficiar, por supuesto, a toda la humanidad. No tenían dichos pueblos por entonces, hacia 1970, presencia alguna en el orden internacional<sup>24</sup>.

Desde finales de los años setenta, la OMPI encontró la simpatía y colaboración de alguna otra agencia de NNUU respecto a la puesta en cuestión, bien que todavía bastante tímida, del régimen internacional de propiedad intelectual. Fue sobre todo el caso precisamente de la Organización

*lopment World: Issues from Aboriginal Entitlement to Intellectual Ownership Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008; M. T. Mahop, *Intellectual Property, Community Rights and Human Rights: The Biological and Genetic Resources of Developing Countries*, Nueva York, Routledge, 2010; T. Kiene, *The Legal Protection of Traditional Knowledge in the Pharmaceutical Field: An Intercultural Problem in the International Agenda*, Münster, Waxman, 2011; K. Banister, M. Solomon y C. G. Brunk, «Appropriation of Traditional Knowledge: Ethics in the Context of Ethnobiology», en J. O. Young y C. G. Brunk (eds.), *The Ethics of Cultural Appropriation*, Chichester, Blackwell, 2012, pp. 140-171.

24. Para todo esto y lo que viene a continuación, sigue interesando lo ya citado, especialmente, L. Whitt, *Science, Colonialism, and Indigenous Peoples*, y M. T. Mahop, *Intellectual Property, Community Rights and Human Rights*.

de las NNUU para la Educación, la Ciencia y la Cultura, la UNESCO. Se adopta por ambas, por esta y por la OMPI, el concepto de *folclore* para el patrimonio de sectores humanos con cultura propia y sin Estado propio confiándoseles a los Estados existentes su protección. Así, se acuerdan por estas dos agencias en 1982 unas *Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions* o Disposiciones-Tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas, en forma de recomendación dirigida a los Estados. Tímidamente y todo, era el comienzo de un efectivo cuestionamiento de las fronteras impuestas por unos principios de reciprocidad interestatal en el reconocimiento y garantía de la propiedad intelectual, principios de una interestatalidad ya notablemente ensanchada, pero distando muchísimo de cubrir la totalidad de sujetos colectivos con cultura propia, y funcionando además sobre supuestos de valor económico y explotación comercial u otro provecho reediticio de la propiedad inscrita. El *folclore* desbordaba este escenario. Tanto la OMPI como la UNESCO siguieron comprometiéndose conjuntamente y por separado en esta otra dirección<sup>25</sup>.

Los Estados que venían dominando en el orden internacional antes de la descolonización impulsada por NNUU, encabezados ahora por los Estados Unidos, reaccionaron ante la conversión de la OMPI y la UNESCO en foros donde se discutían cosas tan sensibles como el régimen de protección internacional de propiedad intelectual, industrial, comercial y demás. Esos Estados deciden llevarse el asunto a otra instancia internacional, la del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (AGAC) o *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), que había sido constituida en 1947 al margen de NNUU e incluso en su contra, pues así se evitó que las mismas tuvieran una Organización Internacional del Comercio propia, y que en 1995 se convertiría en la Organización Mundial del Comercio (OMC) o World Trade Organization (WTO) acentuando su empeño por comprometer a todos los Estados en la elevación del mercado por sí mismo a especie de bien jurídico global por encima de la globalización misma de los derechos humanos promovida por NNUU. El comercio es lo que generaría un mundo en libertad. *Free Trade, Free World: comercio libre, mundo libre*<sup>26</sup>.

25. Sobre la evolución ulterior de la UNESCO al respecto, L. Smith y N. Akagawa (eds.), *Intangible Heritage*, Nueva York, Routledge, 2009. Para información actualizada, en el sitio de la propia agencia: [www.unesco.org/new/es/natural-sciences/priority-areas/links](http://www.unesco.org/new/es/natural-sciences/priority-areas/links).

26. T. W. Zeidler, *Free Trade, Free World: The Advent of GATT*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1999. Aun sin destacar el tracto de adición y dependencia, A. Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 161-177. Para la visión histórica satisfecha que más se cultiva, J. H. Bar-

En las vísperas de este relanzamiento, se adopta por la inminente OMC un instrumento que venía gestándose desde 1986, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) o *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS) a fin de dar continuidad al régimen internacional que estaba poniéndose en cuestión por la OMPI y por la UNESCO. Naturalmente, propiedad intelectual va siempre y ahora sobre todo en el sentido comprensivo de aquella de valor industrial o comercial. Es el régimen que seguía suponiendo la expropiación sistemática de conocimientos, prácticas, constructos y artefactos, de patrimonio, en suma, de sujetos colectivos con culturas propias y sin Estado propio<sup>27</sup>.

La OMPI y la UNESCO proseguían con cuestionamientos y con averiguaciones. Durante la década de los noventa organizaron misiones exploratorias por diversas latitudes para hacerse con información sobre culturas expuestas, dadas las insuficiencias de cobertura del régimen internacional de la propiedad intelectual en su sentido siempre más general. Al tiempo y con ello van estallando las costuras de la categoría de folclore y cobrando pujanza otras como la formada por el tándem de conocimientos tradicionales y recursos genéticos, *traditional knowledge/genetic resources* (TK/GRs). He aquí una pareja, a primera vista extraña, hoy muy presente en el ámbito del derecho internacional<sup>28</sup>. En la OMPI es donde se produce el apareamiento.

En el año 2000, en el seno de la OMPI se constituye un órgano deliberativo y propositivo, el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic

ton, J. L. Goldstein, T. E. Josling y R. H. Steinberg, *The Evolution of the Trade Regime: Politics, Law, and Economics of the GATT and the WTO*, Princeton, Princeton University Press, 2006. Para ilustración de la incidencia de la OMC en un sector concreto, J. Wiley, *The Banana: Empires, Trade Wars, and Globalization*, Lincoln, University of Nebraska Press, 2008. Para una puesta en evidencia, S. Joseph, *Blame to the WTO? A Human Rights Critique*, Nueva York, Oxford University Press, 2011.

27. El contexto del debate en dichas agencias de Naciones Unidas y el problema mismo, esto es lo que aquí importa, se tiende a eludir a conveniencia: C. Clift, «Why IPR issues were brought to GATT: a historical perspective on the origins of TRIPS», en C. M. Correa (ed.), *Research Handbook on the Protection of Intellectual Property under WTO Rules*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010, vol. I, pp. 3-21. IPR: *Intellectual Property Rights*, los derechos de propiedad intelectual en su sentido amplio.

28. G. Dufield, *Intellectual Property, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge*, Sterling, Earthscan, 2004; *Intellectual Property Rights and the Life Science Industries: Past, Present and Future*, edición actualizada, Londres, World Scientific, 2009. Ante la primera edición se le achacaron al autor prejuicios antiempresariales: P. W. Grubb, «A patently negative view of industry»: *Nature Biotechnology*, 21-12 (2003), pp. 1439-1440. Que el prejuicio acuse de prejuicio suele ocurrir y así ocurrirá con estas páginas, las mías. Ya me he acostumbrado al reproche durante mi trabajo en las Naciones Unidas.

Resources, Traditional Knowledge and Folklore (IGC-GRTKF)<sup>29</sup>. Es intergubernamental, compuesto por delegados de Estados, pero muy abierto desde un comienzo a organizaciones interesadas, inclusive las indígenas, esto es, las de gentes con culturas propias en territorios propios sin acceso a la constitución de Estados, pese a la descolonización habida y que recurren a la acción internacional por la falta de confianza en los respectivos Estados para proteger sus conocimientos y recursos. Entre las instancias de Naciones Unidas, es en este foro donde se ha producido una incisiva elaboración de la problemática, comprendida la definición de la categoría de conocimiento tradicional, no ciertamente por el desvelo de las delegaciones de Estados, sino por la aportación de organizaciones indígenas, de misiones sobre el terreno y de algún personal profesional del propio IGC<sup>30</sup>.

### 3. *Conocimiento tradicional según el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore*

En dicho año, el 2000, al acordarse la formación del IGC, se le hace expresamente el encargo de aclarar las categorías mismas que le prestan nombre, las de *recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore*. Luego, en 2009, se le añadirá el encargo de preparar un proyecto o una serie de proyectos de instrumentos internacionales para asegurar la protección efectiva de GRs/TK/TCEs (*traditional knowledge, genetic resources, traditional cultural expressions*), «RRGG, los CCTT y las ECT», los recursos genéticos, conocimientos tradicionales, expresiones culturales tradicionales, pero aquí ante todo nos interesa la dimensión categorial. ¿A qué viene la categoría de *conocimientos tradicionales* y por qué aparece vinculada a los recursos genéticos? La respuesta más elaborada la ofrece la Secretaría del IGC en sus informes sobre *Cuestiones relativas a la propiedad intelectual y los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y el folclore*, particularmente, en el de 2002 acerca de *Los conocimientos tradicionales: definiciones y términos*. Acudamos a su lectura<sup>31</sup>.

De entrada se nos dice que la categoría de conocimientos tradicionales hace referencia a «las obras literarias, artísticas o científicas basadas en la tradición; así como las interpretaciones o ejecuciones; invencio-

29. [www.wipo.int/tk/es/index.html](http://www.wipo.int/tk/es/index.html) es el sitio del IGC-GRTKF.

30. S. von Lewinski (ed.), *Indigenous Heritage and Traditional Knowledge: Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2008.

31. [www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo\\_grtkf\\_ic\\_3/wipo\\_grtkf\\_ic\\_3\\_9.doc](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_3/wipo_grtkf_ic_3_9.doc). Aparte artículos de normas, no cito el lugar concreto de los pasajes reproducidos porque se buscan y hallan con facilidad en las ediciones de sitios oficiales u oficiosos de internet a las que se remite.

nes, descubrimientos científicos; dibujos o modelos; marcas, nombres y símbolos; información no divulgada; y todas las demás innovaciones y creaciones basadas en la tradición que procedan de la propiedad intelectual en el ámbito industrial, científico, literario o artístico». Sin embargo, lo del carácter *tradicional* debe enseguida comenzar a matizarse: «La expresión *basadas en la tradición* se refiere a los sistemas de conocimientos, las creaciones, innovaciones y expresiones culturales que se han transmitido generalmente de generación en generación; se considera generalmente que pertenecen a un pueblo en particular o a su territorio y evolucionan constantemente en respuesta a los cambios que se producen en su entorno». El doble uso del adverbio *generalmente* ya está insinuando que no siempre la *tradición* es tradición, por lo que esta característica no puede ser la definitiva o exclusivamente definitoria. Lo que acto seguido se añade ha de resultar más decisivo. Se trata de conocimientos *que pertenecen a un pueblo en particular*, a un pueblo se sobrentiende que no constituye Estado. Como pertenencia viva de pueblos, los conocimientos dicho tradicionales *evolucionan constantemente* y se actualizan.

El documento de la Secretaría del IGC identifica conocimientos tradicionales: «los conocimientos agrícolas, los conocimientos científicos, los conocimientos técnicos, los conocimientos ecológicos, los conocimientos medicinales, incluidas las medicinas y los remedios conexos; los conocimientos relacionados con la diversidad biológica». Son conocimientos empíricos de valor *científico* o *técnico* en general y desde luego, ante todo, para el propio pueblo. Entre conocimientos *agrícolas, ecológicos, medicinales y relacionados con la diversidad biológica*, ya tenemos indudablemente *recursos genéticos* como objeto de las pertenencias culturales de los pueblos sin Estado. Dentro de los conocimientos dichos tradicionales también se sitúa ahora el *folclore* «en forma de música, baile, canción, artesanía, dibujos y modelos, cuentos y obras de arte». La categoría que quiso ser comprensiva, ahora ha de reconocerse que representa un elemento más de otra más bastante amplia. Hay todavía otros: «elementos de los idiomas», como los nombres de personas y de sitios, símbolos y otros bienes culturales, comprendidos los muebles o más tangibles. «Quedarían excluidos de esta descripción de los conocimientos tradicionales los elementos que no se deriven de la actividad intelectual en el ámbito industrial, científico, literario o artístico, como los restos humanos, los idiomas en general y otros elementos similares del *patrimonio* en un sentido amplio». La categoría de *conocimientos tradicionales* no se confunde con la de *patrimonio intangible* que estaba al tiempo elaborándose en el seno de la UNESCO<sup>32</sup>.

32. En una literatura de abundancia creciente, baste con reiterar la remisión a L. Smith y N. Akagawa (eds.), *Intangible Heritage*.

Conforme avanza el informe, la característica definitoria de los conocimientos tradicionales deriva, desde su formación mediante tradición, a la pertenencia de pueblo: «Otra característica de los conocimientos tradicionales es el sentido de identidad que confieren a la comunidad. Los conocimientos tradicionales son para sus titulares un medio de identificación cultural, de manera tal que su preservación e integridad se vinculan con la preservación de las distintas culturas *per se*». Se apunta entonces la posibilidad de que la definición misma se replantee en la dirección que reclaman las gentes afectadas: «Una definición de conocimientos tradicionales podría incluir asimismo un elemento que respondiera al derecho reivindicado por los grupos indígenas, las comunidades locales y otros titulares de conocimientos tradicionales, de determinar por sí mismos lo que constituye sus propios conocimientos, innovaciones, y prácticas, y el modo en que deben definirse». Se trata de patrimonio cultural de colectivos humanos, por lo que el entendimiento de estos mismos no debiera soslayarse. Es derecho suyo, aunque haya dificultad para definirlo en las categorías dadas del orden internacional y de los Estados: «Si bien existe una resistencia a la noción de *titularidad* como tal, particularmente si es considerada como titularidad individual o privada, puede existir un sentido de conexión que incluya la titularidad comunitaria o colectiva, y la responsabilidad en relación con la protección y la custodia». Por experiencia propia, esto es, por conocimiento tradicional, los colectivos afectados en general rechazan que los Estados estén en condiciones de hacerse cargo de esa custodia y de esa protección<sup>33</sup>.

Respecto a la cuestión tan problemática como decisiva de lo que se llama *titularidad*, la propuesta del informe es más bien elusiva: «La relación puede expresarse por medio de una identidad comunitaria que contribuye a definir la tradición en la que se generan y transmiten los conocimientos». ¿Qué es la *identidad comunitaria* en términos operativos de reconocimiento, garantía y ejercicio de derechos? ¿En qué queda un concepto de *tradición* que dicho sujeto comunitario puede *definir*? Y la *generación y transmisión de conocimientos*, ¿cómo se reconoce, garantiza y ejerce? Los interrogantes intentan concretarse a los efectos prácticos de la protección internacional cualesquiera que pudieran ser las respuestas teóricas. La situación dada no convence por el papel decisivo que les sigue confiriendo a los Estados: «La tendencia ha consistido en dejar en manos de las autoridades nacionales la determinación específica de los límites de la materia objeto de protección y que la terminología en el pla-

33. Conocimiento tradicional y todo, no es un entendimiento en exclusiva: J. C. Scott, *Seeing like a State: How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed*, New Haven, Yale University Press, 1998, quien en todo caso lo ha aprendido de pueblos indígenas del Sudeste de Asia.

no internacional se utilice principalmente para expresar una tendencia común en materia de política», no, cabe añadirse, en el campo del reconocimiento y la garantías de derechos, como si Naciones Unidas no se hubiera acreditado a estas alturas en dicho terreno. Intenta también el informe definir criterios posibles de la *tendencia común en materia política*, pero estos no salen de la imprecisión<sup>34</sup>. En todo caso, la categoría de *conocimientos tradicionales* la tenemos.

#### 4. *Del Convenio sobre la Diversidad Biológica a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*

La OMPI no es el único espacio del orden internacional donde el asunto se trata. Tampoco lo es el trío desigual que forma al efecto con la UNESCO favorable y la OMC adversa. Ocorre en bastantes foros desde los años ochenta del siglo pasado, y esto tampoco porque de parte de los Estados constituyentes de Naciones Unidas vinieran iniciativas, sino por la presión constante de representantes indígenas ante cuantas instancias internacionales puedan entender de sus reclamaciones.

Desde dicha década, a partir de la creación de un ya extinto Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas para asesorar a la también ya desaparecida Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, se ha desarrollado una presencia creciente de organizaciones indígenas ante los foros internacionales e incluso dentro de ellos, como sea el caso del Foro Permanente del Consejo Económico y Social para las Cuestiones Indígenas o del Mecanismo de Expertos del Consejo de Derechos Humanos sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Uno de los temas que así se han hecho vivos globalmente es el de las deficiencias del orden internacional sobre propiedad intelectual en su más amplio sentido a los efectos de garantía de los derechos de los pueblos indígenas y similares sobre su propia cultura, inclusive conocimientos que pudieran ser beneficiosos para la humanidad toda. Aunque las tendencias doctrinales todavía dominantes en el derecho internacional o también, por cuanto lo afecta, en el constitucionalismo pretendan ignorarlo, desde los años noventa se viene produciendo un replanteamiento significativo de la posición jurídica de dichos pueblos en un escenario que sigue siendo de Estados<sup>35</sup>.

No es necesario que hagamos una visita a todos los foros internacionales donde cuestionamientos y propuestas de parte indígena se han he-

34. Más interesante a estos efectos resulta que reúna información sobre las medidas tomadas por los Estados hasta el momento: «Los conocimientos tradicionales: definiciones y términos», Anexo II. Para normas de Estados más al día: [www.wipo.int/tk/en/laws/tk.html](http://www.wipo.int/tk/en/laws/tk.html).

35. Las principales referencias ya están también citadas: P. Thornberry, *Indigenous Peoples and Human Rights*; S. J. Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*; A. Xanthaki, *Indigenous Rights and United Nations Standards*.

cho presentes interesando a la cuestión de la propiedad intelectual. Voy a ir directamente de un momento todavía bastante anclado en el pasado a otro que abre nuevas perspectivas de futuro. Me refiero, en primero lugar, al Convenio sobre la Diversidad Biológica, *Convention on Biological Diversity*, que se acordara en Río de Janeiro en 1992 (CDB o CBD) y, en segundo lugar, a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, *Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, que se adoptara en Nueva York, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 2007 (DDPI o DRIP). Por medio existen, interesando de diversa forma a la propiedad intelectual de conocimientos tradicionales, convenios y recomendaciones de la UNESCO, propuestas en la OMC, directrices de la Organización Mundial de la Salud (OMS o WHO), algún convenio de la Organización para la Alimentación y la Agricultura (FAO)...; de poco antes, de 1989, procede un convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT o ILO) que igualmente le interesa<sup>36</sup>. Todo ello es, por supuesto, relevante, pero creo que puede bastarnos con ese par de miradas, una al pasado que es presente, la que se encierra en el CDB, y otra al futuro que debiera ser actualidad, la que augura la DDPI. Comencemos por el planteamiento del CDB acerca de TK/GRs, de los conocimientos tradicionales en su relación con los recursos genéticos con todo su valor para la humanidad y potencial para el mercado<sup>37</sup>.

El CDB se muestra de entrada apreciativo del papel de los colectivos indígenas en la conservación y custodia de la biodiversidad con todos los conocimientos y recursos que ello pueda deparar a la humanidad<sup>38</sup>:

Las Partes Contratantes [...] Reconociendo la estrecha y tradicional dependencia de muchas comunidades locales y poblaciones indígenas que tienen sistemas de vida tradicionales basados en los recursos biológicos, y la conveniencia de compartir equitativamente los beneficios que se derivan de la utilización de los conocimientos tradicionales, las innovaciones y las prácticas pertinentes para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes» [, proceden].

36. [www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/E.C.19.2010.9%20ES.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/E.C.19.2010.9%20ES.pdf), un índice de referencias, aún no exhaustivo, para un trabajo en curso del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas: *Estudio sobre los pueblos indígenas y las empresas*. De interés por sí y para todo el contexto, L. Rodríguez Piñero, *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: The ILO Regime, 1919-1989*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

37. M. A. Schreurs y E. C. Economy (eds.), *The Internationalization of Environmental Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997; P. G. Le Prestre (ed.), *Governing Global Biodiversity: The Evolution and Implementation of the Convention on Biological Diversity*, Aldershot, Ashgate, 2002; E. N. Anderson, D. M. Pearsall, E. S. Hunn y N. J. Turner (eds.), *Ethnobiology*, Hoboken, Wiley-Blackwell, 2011.

38. [www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf](http://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf).

Lo hacen al respecto sobre dicha base que considera los *conocimientos tradicionales* sobre unos *recursos biológicos* como un valor cuyos *beneficios* se deben *compartir equitativamente* por parte de las *comunidades locales* y las *poblaciones indígenas* que los poseen. Tal participación con el conjunto de la humanidad se contempla y regula en el cuerpo del CBD de esta guisa:

Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda, [...] con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente (CDB, Preámbulo y art. 8j).

En ningún momento se reconoce derecho alguno en sentido estricto a los grupos humanos que tienen conocimiento y manejo de los recursos biológicos del caso. Es, en cambio, el Estado quien ve ratificada su competencia de disposición tanto normativa como económica, ahora, de ratificar el Convenio, con el compromiso internacional, *en la medida de lo posible y según proceda*, de contar *con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas*, y de procurar que estos sujetos colectivos, los que se dicen *indígenas* y *locales*, participen *equitativamente* de los *beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas*. Al escenario tradicional de un orden de concurrencia de Estados reservándose soberanía y poderes se añaden así, no reconocimiento y garantía de derechos, sino compromisos un tanto laxos para contrarrestarse los efectos de expropiación sistemática de *comunidades* humanas con cultura propia y sin Estado propio o ni siquiera, que el CDB contemple, algún régimen internacionalmente garantizado de autogobierno que capacite a las respectivas *comunidades* para la defensa de derechos propios y la representación de los propios intereses. Ni derecho comunitario de dominio ni algún derecho político se reconocen. En el foro periódico de las Conferencias de las Partes del CDB se ha desarrollado un fuerte cabildeo indígena que vigila las previsiones del artículo 8j, pero los planteamientos de derecho o de carencia del mismo son los dichos. El CDB no se enmienda<sup>39</sup>. Su último desarrollo, el Protocolo sobre el Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización de 2010,

39. N. P. Stoianoff (ed.), *Accessing Biological Resources: Complying with the Convention on Biological Resources*, La Haya, Kluwer Law International, 2004.

pone el acento más en lo primero, en «asegurar que se acceda a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos», que en lo segundo, en la justicia y la equidad que ante todo requieren consentimiento indígena (art. 7)<sup>40</sup>.

Entre los instrumentos internacionales, un planteamiento muy distinto encontramos al cabo de tres lustros del CDB, en 2007, gracias a la DDPI. Su texto se ha venido negociando en diversas instancias de Naciones Unidas durante más de dos décadas con representantes indígenas, lo cual redundará claramente en el resultado<sup>41</sup>. La DDPI reconoce ante todo el derecho de *los pueblos indígenas* al autogobierno como expresión de un derecho a la *libre determinación* respecto a los asuntos propios (arts. 3 y 4). A esto se añade que, para aquellos que les trascienden y les afectan, el Estado regularmente, y sobre todo en algunos casos como los tocantes a recursos, ha de contar con el *consentimiento, libre, previo e informado* de dichos pueblos (arts. 10, 11, 19, 28, 29 y 32). La DDPI tiene además para Naciones Unidas y para los Estados, según sus propios términos, un valor normativo en grado desconocido por otros instrumentos internacionales que reciben la denominación de *declaración*:

Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración.

Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, en particular a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia (arts. 38 y 42).

Es un rasgo notable, sin parágon sus términos categóricos con otras declaraciones, que se explica por la participación indígena a todo lo largo del proceso de debate y acuerdo<sup>42</sup>.

Entre los derechos de los pueblos indígenas registrados en la DDPI figura, por supuesto, visto lo dicho, el referente a propiedad intelectual. El asunto hace acto de presencia desde el preámbulo: «La Asamblea Gene-

40. [www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-es.pdf](http://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-es.pdf).

41. [www2.ohchr.org/spanish/law/index.htm](http://www2.ohchr.org/spanish/law/index.htm), sitio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos donde puede encontrarse la DDPI junto a los principales instrumentos internacionales de los derechos humanos, aun con la particularidad sintomática de catalogarse en compañía de los *Derechos de las minorías* y no en la sección del *Derecho a la libre determinación*.

42. A. Willemsen-Díaz, «Cómo llegaron los derechos de los pueblos indígenas a la ONU», y A. Eide, «Los pueblos indígenas, el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas y la adopción de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas», en C. Charters y R. Stavenhagen (eds.), *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*, Copenhague, IWGIA, 2010, pp. 16-32 y 34-49, respectivamente.

ral [...] Considerando que el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente» declara en su cuerpo articulado que «Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales», por todo lo cual «conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos» (art. 31). Ya no se trata de un compromiso laxo, sino de una obligación estricta para los Estados, dado que ahora de lo que se parte es del reconocimiento expreso del derecho de *propiedad intelectual* sobre *conocimientos tradicionales y recursos genéticos*, comprendidos los humanos<sup>43</sup>.

La forma de llevar a la práctica tal reconocimiento en el ámbito internacional se encuentra en buena parte ya en manos de agencias especializadas de las Naciones Unidas, sobre todo si los Estados, como resulta usual, no lo asumen por sí mismos. El reto principal se le plantea a la OMPI, que habría además de recuperar competencias sustraídas por la OMC y, pues también es el caso, por el CDB. El encargo de preparar instrumentos internacionales para la protección de GRs/TK/TCEs, recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales, con la revisión a fondo del régimen internacional de la propiedad internacional que habría de implicar, ya se encuentra encomendado en el seno de la OMPI al IGC, como está dicho<sup>44</sup>. De parte indígena se ha fijado

43. Esta especificación se explica más inmediatamente porque en los años noventa se intentó desarrollar, con financiación estadounidense, un llamado Proyecto sobre la Diversidad del Genoma Humano con previsiones de extracción masiva de sangre indígena sin información ni consentimiento, sobre supuestos racistas de presumir su inevitable extinción y sin excluir la posibilidad de comercialización de resultados por vía de empresas farmacéuticas: M. A. Hasian, Jr., *Colonial Legacies in Postcolonial Contexts*, cap. 8: «Who Speaks for Colonial Futures?: Genetic Dreams and the Legalities of the Other Human Genome Project»; el mismo, «Transnational Genome Debates and the Return of Eugenics», en M. Semati (ed.), *New Frontiers in International Communication Theory*, Lanham, Rowman and Littlefield, 2004, pp. 263-278; L. Whitt, *Science, Colonialism, and Indigenous Peoples*, parte II: «The Human Genome Diversity Project: A Case Study». En medios indígenas afectados es conocido como *Proyecto Vampiro*.

44. [www.wipo.int/export/sites/www/tk/es/documents/pdf/decision\\_assemblies\\_2011.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/es/documents/pdf/decision_assemblies_2011.pdf) es la renovación del mandato del IGC para el bienio presupuestario 2012-2013 con la

muy claramente la postura de no aceptar ningún instrumento que no parta del reconocimiento de los derechos de los pueblos y de la necesidad de *consentimiento libre, previo e informado* para el acceso a sus recursos. El rechazo del modelo CDB es inequívoco por parte indígena:

El (o los) instrumento(s) legal(es) internacional(es) no podrá(n) declarar ni de ninguna otra forma dar a entender que los Estados miembros de la OMPI sean titulares o beneficiarios de la utilización de los conocimientos tradicionales, expresiones culturales tradicionales y recursos genéticos<sup>45</sup>.

A tenor del valor normativo de la DDPI con su efectivo requerimiento de *consentimiento libre, previo e informado*, debería adoptárselo como base, pero no se está procediendo así en la OMPI por parte de su IGC. Las agencias de Naciones Unidas se resisten en general a atenerse al mandato contenido en el citado artículo 42 de la DDPI. Algunas, como la OMC y el Banco Mundial o World Bank (WB)<sup>46</sup>, lo que promueven es cierta extensión del régimen dado de la propiedad intelectual a los conocimientos que se dicen tradicionales, posibilitando así su participación global, sin enfrentarse con el problema de su inadecuación por la identidad que les prestan a pueblos determinados, ni con el de la resistencia de estos, no tanto a que se compartan, como a que la globalización implique explotación comercial y, por ende, privatización aun compartiéndose beneficios. Naturalmente que existen grupos dispuestos<sup>47</sup>, pero esto no representa la posición general, como se refleja, sin ir más lejos, en la DDPI. El reto actual para las propias Naciones Unidas es el de reducir la ancha brecha de su inejecución, una brecha mantenida abierta por resistencia no solo de los Estados y de las empresas, sino también del propio orden internacional como estamos constatando<sup>48</sup>.

indicación de que prosiga los trabajos para «la consecución de un acuerdo sobre el texto de un instrumento (o instrumentos) de carácter jurídico y de nivel internacional que aseguren la protección efectiva de los RRG, los CCTT y las ECT». Para los textos en debate, [www.wipo.int/tk/en/consultations/draft\\_provisions/draft\\_provisions.html](http://www.wipo.int/tk/en/consultations/draft_provisions/draft_provisions.html).

45. [www.coica.org.ec/sp/noticias/dnoticias.php?id=162](http://www.coica.org.ec/sp/noticias/dnoticias.php?id=162): *Declaración de los pueblos indígenas al 18.º Comité intergubernamental*, 2011, principio quinto, en el sitio de la Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica. El documento no lo encuentro en el sitio de la OMPI.

46. J. M. Finger y P. Schuler (eds.), *Poor Peoples' Knowledge: Promoting Intellectual Property in Developing Countries*, Nueva York, Oxford University Press-World Bank, 2004.

47. J. L. y J. Comaroff, *Ethnicity, Inc.*, Chicago, University of Chicago Press, 2009.

48. L. Graham y S. M. McJohn, «Indigenous Peoples and Intellectual Property»: *Washington University Journal of Law and Policy*, 19 (2005), pp. 313-337, citando a G. Dutfield para poner el dedo en la llaga: «Parece sumamente improbable que en algún momento cercano o ni siquiera en algún futuro distante pueda establecerse un nuevo cuadro normativo para la protección de los conocimientos tradicionales, dada en particular la oposición cerrada de los Estados Unidos a cualquier tratado al respecto en el seno de la OMPI» (p. 327).

### 5. Primeras reflexiones interlocutorias: bienes globales y conocimientos tradicionales

En un planeta depredado, con mengua galopante de recursos, la existencia remanente de importantes espacios de diversidad biológica y natural constituye un precioso tesoro para la supervivencia digna y próspera de la humanidad. Es una riqueza cuyo valor se redobra por la razón de que en esos espacios no solo existe bio- y otra naturodiversidad, valga esta segunda expresión por añadir recursos minerales y energéticos, sino que también hay diversidad cultural, conocimiento y manejo humanos del conjunto y de buena parte de los elementos de la diversidad<sup>49</sup>. Es el conocimiento y el manejo que se dicen indígenas o también tradicionales por provenir generalmente de una larga experiencia de vida colectiva en el respectivo medio naturodiverso. Constituye una ciencia empírica de inestimable valor, constante para quienes la poseen y potencial para la humanidad toda.

Hay posiciones que pretenden convertir esa ciencia en bienes globales o *global commons* sin reconocer derecho estricto a sus generadores y sin ofrecer garantías de información ni autonomía para la entrada en negociación y eventual prestación de consentimiento condicionado, queriéndose poner así tal ciencia a disposición en teoría de la humanidad y en la práctica de empresas comercializadoras de todo lo patentable<sup>50</sup>. La categoría de los bienes comunes globales no es tan inocente y bondadosa como, por la impresión de solidaridad que desprende, suele ahora presumirse<sup>51</sup>. Ya

Por la fecha, no manejan la DDPI, pero sí un proyecto avanzado cuyo texto, a lo que nos interesa, ya era prácticamente el actual. *Brecha de implementación*, la de inejecución, es una expresión que se ha generalizado en las Naciones Unidas como si el problema solo ahora consistiera en la aplicación del derecho ya existente, sobre todo tras la DDPI, y no los hubiera tan de fondo como los que estamos viendo. A esta perspectiva responden los volúmenes inmediatos que se le han dedicado, como, con mi participación, C. Charters y R. Stavenhagen (eds.), *El desafío de la Declaración*.

49. J. Gibson, *Community Resources: Intellectual Property, International Trade and Protection of Traditional Knowledge*, Aldershot, Ashgate, 2005, cap. 6: «The Cultural Diversity in Biodiversity», lo que no habría de recordarse si no fuera por la facilidad con la que se olvida incluso cuando se utiliza la cultura del caso para lograr acceso a recursos de la biodiversidad local: J. E. Anderson, *Law, Knowledge, Culture: The Production of Indigenous Knowledge in Intellectual Property Law*, Chetelham, Edward Elgar, 2009.

50. Para estas posiciones, M. F. Brown, *Who Owns Native Culture?*, Cambridge, Harvard University Press, 2003, con continuidad viva en internet: [web.williams.edu/go/native](http://web.williams.edu/go/native). Para contraste de visiones, K. Aoki, «Neocolonialism, Anticommons Property, and Biopiracy in the (Not-So-Brave) New World Order of International Intellectual Property Protection»: *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 6-1 (1998), pp. 11-58; K. Engle, *The Elusive Promise of Indigenous Development: Rights, Culture, Strategy*, Durham, Duke University Press, 2010, pp. 141-185. L. Graham y S. M. McJohn, *Indigenous Peoples and Intellectual Property*, discuten directamente las posiciones representadas por M. F. Brown.

51. K. Milun, *The Political Uncommons: The Cross-Cultural Logic of the Global Commons*, Farnham, Ashgate, 2011, pertinente desde la introducción: «An Emergent Glo-

hemos visto como, frente a agencias de las mismas Naciones Unidas, la OMC, que no lo es, quiere imponer el mercado cual si fuera un bien jurídico global.

Subrepticamente se identifica el beneficio humano con el beneficio empresarial tal y como si el mercado mundial fuera, sin posibilidad de cuestionamiento, el bien global progenitor o tutor de otros bienes globales, de otros *global commons* tan sustanciales, aunque intangibles, como la paz, la justicia, la salud, el medioambiente, la seguridad y el desarrollo realmente humano sin depredación de la naturaleza. Así, tiende hoy a entenderse que opera como bien global el mercado aun en el caso en el que como tal, como progenitor o tutor de bienes globales, no se le presente y aunque no dé muestras tangibles de que pueda por sí alcanzar tales bondades. Para sentarse la presunción, basta con que, como es usual, no se lo cuestione ni se lo intente someter a condiciones de fondo y a funciones de forma o más que de forma, o basta también con que se aborden los *global commons* como si solo fueran los físicos no comercializables en su integridad, bien que lo sean parcialmente o también de forma indirecta, esto es, la atmósfera, el espacio exterior, el ciberespacio, los océanos y no mucho más, entendiéndose como más mercantizable todo el resto<sup>52</sup>. Ampliando el concepto de bienes globales o *global goods*, hay agencias de las Naciones Unidas que, en la línea de la OMC, consideran el mercado bien jurídico global junto al conocimiento y la información sin cualificación alguna, esto como si toda la problemática que está debatiéndose en la OMPI no existiera en absoluto. A lo más, en relación a *public goods*, a lo *global* se suma lo *local*, pero identificándose esto con lo estatal, como si los Estados representasen cada uno a un pueblo y entre todos a todos los pueblos suficiente y satisfactoriamente<sup>53</sup>.

bal Commons: Biodiversity – A Case Study of How Culture becomes Law and Nature becomes Empty Space», haciendo justamente ver como el actual derecho internacional sobre *global commons* se ha formado en el pasado bajo la fantasía interesada de que territorios habitados eran *empty space* y *res nullius*, cosa desde luego sabida, pero que suele recluirse en la historia como si hoy careciera de efectos. «How Culture becomes Law and Nature becomes Empty Space»: *cultura* que se hace *derecho* siendo, como es, una sola cultura singular en un mundo *cross-cultural*, de culturas plurales y cruzadas.

52. J. Vogler, *The Global Commons: Environmental and Technological Governance*, edición actualizada, Chichester, John Wiley and Sons, 2000; S. Jasper (ed.), *Securing Freedom in the Global Commons*, Stanford, Stanford University Press, 2010. Una categoría de bienes jurídicos globales —*Global Legal Goods* o *Global Public Goods*— que habría de ser más comprensiva tampoco (como la de *bienes globales*) tiene especial acogida ni muy amplia circulación en la literatura de la *koiné* en inglés, aunque sea categoría que venga apadrinada desde las Naciones Unidas, como enseguida vemos.

53. W. W. Keller y L. W. Pauly, «Globalization at Bay», en B. Mazlish y A. Iriye (eds.), *The Global History Reader*, Nueva York, Routledge, 2005, pp. 70-78; N. Birdsall y R. Z. Lawrence, «Deep Integration and Trade Agreements. Good for Developing Countries?», y J. E. Stiglitz, «Knowledge as a Global Public Good», en I. Kaul, I. Grunberg y

Cuidando las formas, no se sitúa lejos de esa pretensión la posición del CBD de 1992. Ya parte en su preámbulo de la consideración de su objeto como *global common*, bien global, sin más mediación que la de los Estados que se conciertan: «Las Partes Contratantes [...] Afirmando que la conservación de la diversidad biológica es interés común de toda la humanidad. Reafirmando que los Estados tienen derechos soberanos sobre sus propios recursos biológicos»... Suele destacarse su aprecio por el valor de los conocimientos de comunidades sobre la biodiversidad propia y su recomendación de que se les compense con equidad la globalización de los mismos, pero todo esto se hace en el escenario de un derecho internacional o, mejor dicho, interestatal cuyos principios y reglas sustanciales no se alteran. Es al Estado al que se le asigna el poder de disposición sobre dichos conocimientos y la capacidad para compartirlos con el conjunto de la humanidad e incluso la obligación de hacerlo<sup>54</sup>.

El escenario del mercado opera en la trastienda. En ningún momento se plantean reglas para que la disposición por el Estado del conocimiento de comunidades no caiga finalmente en manos de empresas que, digámoslo así, los reprivaticen y esto ahora para la explotación de valor en el mercado. Es un contexto en el que las posiciones de la OMC acerca de la propiedad intelectual en su sentido amplio prevalecen netamente sobre la que intenta abrirse paso en la organización específica de las Naciones Unidas, la OMPI<sup>55</sup>. Y están notoriamente prevaleciendo ante

M. A. Stern (eds.), *Global Public Goods: International Cooperation in the 21<sup>st</sup> Century*, Nueva York, Oxford University Press-United Nations Development Programme, 1999, pp. 128-151 y 308-325, el primero en una sección sobre *Market Efficiency*. El UNDP o PNUD, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, es agencia de Naciones Unidas de primera línea que, aun pretendiendo de continuo lo contrario, se sitúa cerca de las posiciones de la OMC, las menos atentas a derechos. En estos asuntos, el doble lenguaje de las agencias internacionales es cosa común. Para la debida disociación entre lo local y lo estatal, así como más en general para la reivindicación de los *commons* frente al desprestigio provocado con tópicos bien eficaces como el de su tragedia y maldición (*the tragedy of the commons, the curse of the commons...*), ha sido sin duda relevante la concesión del Premio Nobel de Economía de 2009 a Elinor Ostrom, cuya obra esencial versa más sobre *commons* comunales, valga la aparente redundancia, que sobre los globales, más sobre *local commons* que sobre *global commons*. Entre otros escritos que les dedica a estos segundos, suyo es el breve prólogo de S. J. Buck, *The Global Commons: An Introduction*, Washington, Island Press, 1998.

54. [www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf](http://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf), en el sitio oficial ya citado que, como suele ocurrir con los sitios oficiales no solo internacionales, se ocupa también de hacer la propaganda del producto.

55. Es una evidencia ultranormativa para la que no hace falta recurrir a J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Relates to other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003. Como la OMC nació y se ha desarrollado al margen de Naciones Unidas, o incluso a la contra, pues se creó para evitar que las mismas estableciesen una Organización Internacional del Comercio, y no se encuentra en sintonía con agencias de Naciones Unidas, como la OMPI y la UNESCO, se

la DDPI. Todo esto es lo que define el paradigma imperante, un paradigma generado por el derecho internacional tradicional y mantenido por su persistencia<sup>56</sup>. No lo cambia que se abran posibilidades de patentar conocimientos tradicionales como vía para su comercialización, ni tampoco que se arbitren otras fórmulas para la participación en beneficios<sup>57</sup>.

Si se reconocen los conocimientos tradicionales sobre recursos genéticos, y ponen en marcha mecanismos para su salvaguardia y aprovechamiento con participación en beneficios de quienes los han heredado y tienen actualizados, ¿dónde reside el problema? Reside en el paradigma, precisamente. Por mucho que llegaran a reconocerse los conocimientos tradicionales en todos los casos, por mucho que todos los Estados aceptasen en serio el reconocimiento, o que se estuviera sin excepción practicando la participación de las comunidades en beneficios, aun con todo esto de lo que se estamos hoy ciertamente lejanísimos, el problema seguiría residiendo en el paradigma<sup>58</sup>. Es el paradigma del derecho internacional dado, no diré del vigente porque presta oídos sordos a la DDPI pese cuanto pese a todo su valor normativo<sup>59</sup>.

plantea el reto de su incardinación regular en el mismo orden internacional: D. Z. Cass, *The Constitutionalization of the World Trade Organization: Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System*, Oxford, Oxford University Press, 2005; J. L. Dunoff, «The Politics of International Constitutions: The Curious Case of the World Trade Organization», en el mismo y J. P. Trachtman (eds.), *Ruling the World?*, pp. 178-205; K. N. Schefer, *Social Regulation in the WTO: Trade Policy and International Legal Development*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010; S. Joseph, *Blame to the WTO?*, pp. 32-52.

56. Es el estado actual del llamado *Property Rights Paradigm* por parte de S. J. Buck, *The Global Commons: An Introduction*, Washington, Island Press, 1998, pp. 25-27.

57. S. A. Laird (ed.), *Biodiversity and Traditional Knowledge: Equitable Partnership in Practice*, Sterling, Earthscan, 2002; E. C. Kamau y G. Winter (eds.), *Genetic Resources, Traditional Knowledge and the Law: Solutions for Access and Benefit Sharing*, Sterling, Earthscan, 2009. Es la posición que hoy suele tenerse por propia del derecho internacional, como si la DDPI no supusiera nada: J. Curci, *The Protection of Biodiversity and Traditional Knowledge in International Law of Intellectual Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010; D. Zografos, *Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010.

58. D. A. Posey y G. Dutfield, *Beyond Intellectual Property: Towards Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities*, Ottawa, International Development Research Centre, 1996 (*Más allá de la propiedad intelectual: Los derechos de las comunidades indígenas y locales a los recursos tradicionales*, misma editorial, 1999), reflejando una situación que, pese a la DDPI, impera.

59. [glossary.uis.unesco.org/glossary/en/home](http://glossary.uis.unesco.org/glossary/en/home) es un léxico de la UNESCO en el que la voz *Conocimiento tradicional* presenta una definición tomada del Secretariado del Convenio sobre la Diversidad Biológica, cuya autoridad expresa es el citado artículo 8j. Tras ya algunos años de la DDPI, no creo que se trate de un simple descuido. Mientras fui miembro del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, indicábamos continuamente a las agencias esos dudosos descuidos, generalmente con poco éxito. El de esa definición solo lo he advertido ahora. El sitio de la OMPI ofrece varios glosarios que dicen basarse «en los instrumentos vigentes de las Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales», pero que tampoco en rigor responden al Estado de derecho actual.

El paradigma que puede llamarse indígena es otro. Regresemos al informe del IGC-GRTKF de la OMPI acerca de *Los conocimientos tradicionales: definiciones y términos*. El mismo no nos sitúa ante comunidades que se aferren a la propia tradición por distinguirse de una forma insolidaria respecto a todo el resto de la humanidad o que así, por decirlo de este otro modo, se nieguen a participarle *global commons*, bienes globales. El mismo calificativo *tradicional* que parece caracterizarlas se relativiza de observarse su forma de entender y manejar la tradición. Se mantiene actualizada según requiere la propia experiencia a la par que, para evitarse su quiebra, se cuida el tracto. La propia identidad se juega en ello, una identidad que sustenta la aspiración de mantener una autonomía hacia dentro y una capacidad de decisión hacia el exterior. A ello ha de sumarse que, por regla general, la identidad se extiende a la naturaleza en términos de simbiosis. Por decirlo también de ese otro modo, el paradigma indígena entiende que los recursos genéticos y otros naturales no pueden ser objeto de apropiación, puesto que forman parte de la misma naturaleza que comprende a la humanidad y que, por lo tanto, no cabe que su participación o conversión en *global commons* se haga de forma que acabe tornando sus conocimientos sobre recursos en bienes empresariales produciendo beneficios en el sentido económico. No hay oposición a participar en beneficios, sino a la producción de beneficios a través del mercado<sup>60</sup>.

La DDPI traduce pasablemente a términos de derechos el paradigma indígena. En este lenguaje jurídico resulta que cada *pueblo indígena* es sujeto de derecho sobre sus *conocimientos tradicionales* respecto a *recursos genéticos*. Para el acceso exterior a los mismos, el sujeto es el árbitro. Los pueblos indígenas podrán exigir garantías no solo del respectivo Estado, sino también internacionales, para la subsistencia y el desarrollo material y cultural propios según las propias necesidades y aspiraciones. Y podrán poner condiciones sobre la forma de participación de sus conocimientos y recursos, sobre el modo de su globalización, en suma. El poder de decisión ya no radica de derecho en el Estado, ni siquiera con el añadido de la obligación de participar beneficios. Ahora los Estados están obligados a reconocer y garantizar dicha autonomía indígena hacia el interior y hacia el exterior de cada pueblo<sup>61</sup>.

60. [www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/E.C.19.2010.4%20ES.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/E.C.19.2010.4%20ES.pdf); C. Mamani y B. Clavero, *Estudio sobre la necesidad de reconocer y respetar los derechos de la Madre Tierra*, que es informe de 2009 como miembros del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas.

61. En el ámbito latinoamericano hay ya un par de constituciones, la de la República del Ecuador de 2008 y la del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009, que responden a tales planteamientos aplicándose en concreto a los conocimientos llamados *tradicionales* o también dichos por las mismas *ancestrales*, pero encontrándose con fuertes resistencias incluso de las propias instituciones constitucionales renovadas. De este constitucionalismo me ocupo en el apéndice primero de este capítulo.

¿Son los conocimientos tradicionales sobre recursos genéticos *global commons*, bienes globales? Según y como, sería mi respuesta, o bien, como decían los escolásticos vetustos, *secundum quid et non simpliciter*. La simpleza generalizada según la cual, porque deban ser bienes globales por su potencial beneficioso para toda la humanidad, han de globalizarse por las buenas, nadie en el mundo del derecho dice que por las malas, es una posición interesada, una posición que responde a intereses de Estados y de empresas, no de pueblos o comunidades o ni siquiera de humanidad. Ni en la teoría ni en la práctica, la globalización mediante la complementariedad de Estado y mercado en exclusiva garantiza justicia ni equidad. Como sujetos de derechos y no como objetos de políticas, han de concurrir otros agentes, entre ellos y en primer lugar, los pueblos y las comunidades con la riqueza de esos conocimientos que se califican de tradicionales. Sobre paradigmas, volveremos en las conclusiones.

Como historiador, he tenido la tentación de resaltar la importancia jurídica de la historia para el caso por la calificación como *tradicionales* de los conocimientos en cuestión. La tradición es al fin y al cabo una forma no profesional de representación del pasado en relación con el presente. Evito caer en la trampa. Aunque la historia propia legitime y fortalezca el derecho a los propios conocimientos<sup>62</sup>, el calificativo *tradicional* no significa al efecto exactamente tradicional, sino actual, de una actualidad cualificada por su pertenencia a pueblo o comunidad sin acceso expedito para la ciencia venal y el negocio consiguiente. Desde el IGC-GRTKF se nos ha explicado con harta claridad.

Hay una expresión más bien cínica que he escuchado en medios académicos de Estados Unidos para referirse a la serie de nuevas categorías en el campo de la propiedad intelectual y especialmente a la trinidad GRs/TK/TCEs, recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales: «the field formerly known as folklore», el área antes conocida como folclore, parafraseándose evidentemente, no voy a negar que con gracia, el nombre póstumo en vida de un famoso cantante: «the Artist Formerly Known as Prince», el artista antes conocido como Prince.

Hay todavía quienes añoran viejos tiempos, esos tiempos de un colonialismo resistente con fuerza a la descolonización, cuando se quería encajar en la categoría de *folclore* una materia e incluso, con ella, a una parte entera de la humanidad que desborda el espacio del nicho y provoca el cuarteamiento del panal<sup>63</sup>.

62. D. L. Fixico, *The American Indian Mind in a Linear World: American Indian Studies and Traditional Knowledge*, Nueva York, Routledge, 2003.

63. P. Keal, *European Conquest and the Rights of Indigenous Peoples: The Moral Backwardness of International Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, con tal subtítulo tan rotundo en términos justamente de moralidad y además, para la imperante en el ámbito internacional, atrasada.

## III. EMPRESAS TRANSNACIONALES Y PUEBLOS INDÍGENAS

1. *Declaración Tripartita de la Organización Internacional del Trabajo sobre Empresas Multinacionales*

En los decenios de 1960 y 1970, las actividades de las empresas multinacionales (EMN) fueron objeto de grandes debates. A raíz de ellos, se desplegaron esfuerzos para establecer instrumentos internacionales destinados a reglamentar la conducta de las EMN y a fijar las condiciones que han de regir las relaciones de las EMN con los países huéspedes, sobre todo en el mundo en desarrollo.

Así arranca la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de 1977<sup>64</sup>. Fue elaborada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo aprobándose a finales de noviembre de dicho año y manteniéndose desde entonces con sus propios mecanismos de supervisión y actualización<sup>65</sup>. *Tripartita* es cualificación referente al dato importante de constituir una declaración formal conjunta de las tres partes constituyentes de la OIT, la gubernamental, la empresarial y la sindical. Participación indígena no hay, a pesar de que esta agencia ya venía ocupándose de asuntos indígenas.

Nada se decía por entonces, en 1977, sobre la incidencia de dichas actividades empresariales multinacionales respecto a pueblos indígenas, pese a ser, en efecto, asunto de preocupación para la propia OIT desde tiempo atrás, conduciéndola finalmente a la adopción, en 1989, del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio 169), un tratado que se abre a la ratificación de los Estados<sup>66</sup>. Es un instrumento que registra derechos de tales pueblos, pueblos a los que pueden fácilmente afectar las actividades empresariales contempladas por la Declaración Tripartita. No obstante, las sucesivas actualizaciones de esta, la última de 2006, siguen sin atender el caso. Cabría entender que, por ser partes constitutivas de la OIT, empresas y sindicatos habrían de quedar vinculados al Convenio 169, aunque el respectivo compromiso no se formalice mediante el procedimiento de ratificación propio de los Estados, pero tal no es la lógica del orden internacional. Tampoco se efectúa

64. Con enmiendas efectuadas en 2000 y 2006: [www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed\\_emp/-emp\\_ent/documents/publication/wcms\\_124924.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_emp/-emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf), sigla del original que no adoptaré.

65. [www.ilo.org/empent/units/multinational-enterprises/lang-es/index.htm](http://www.ilo.org/empent/units/multinational-enterprises/lang-es/index.htm).

66. L. Rodríguez Piñero, *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: The ILO Regime, 1919-1989*. Para visión oficiosa, D. Maul, *Human Rights, Development and Decolonization: The International Labour Organization*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2012, volumen de la serie del ILO Century Project ([www.ilo.org/century](http://www.ilo.org/century)), el proyecto de celebración del centenario de la OIT en 2019.

la conexión entre derechos de pueblos del Convenio 169 y responsabilidades de empresas de la Declaración Tripartita. Esta, en su versión actual, toma entre sus términos de referencia la 169, pero no el 169, una Recomendación sobre política de empleo de 1984, pero no el Convenio sobre pueblos indígenas de 1989.

Estamos ante duplicidades características del sistema internacional en el seno de la constelación hoy constituida por las Naciones Unidas, por esta organización sustancialmente intergubernamental, esto es, entre Estados. Pese a la peculiaridad de ser una agencia tripartita, la OIT ha adoptado la óptica de las instituciones en exclusiva intergubernamentales, en cuya virtud se entiende que son tan solo los Estados quienes se comprometen en el ámbito internacional y que es a través de los mismos y por los mismos como debe comprometerse a otras entidades. Resulta de esto es la opacidad o el punto ciego que se produce respecto a la acción transnacional de las empresas que desbordan a los Estados. Con todo ello, las instituciones internacionales pueden mantener un doble discurso para caras distintas de un mismo asunto; en el caso, sobre las responsabilidades empresariales, de una parte, y sobre derechos respecto a las actividades de las empresas, de otra. Veremos que en el mismo seno de las instituciones centrales de las Naciones Unidas lo propio ocurre.

## 2. Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales

En 2003, la entonces Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, que era organismo formado por expertos y expertas y, en consecuencia, para la óptica de las Naciones Unidas, subordinado a instancias intergubernamentales, en concreto, a la Comisión de Derechos Humanos, que era a su vez por entonces subsidiaria del Consejo Económico y Social, elaboró unas Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos, entendiendo que esto formaba parte de su cometido que con anterioridad, antes de 1999, más particularmente se había definido como de *prevención de discriminaciones y protección a minorías* y ahora, en 2003, era de *promoción de derechos*. No lo entendieron así las instancias intergubernamentales, pues se abstuvieron de darle curso ulterior a la propuesta impidiendo que ascendiera hasta la Asamblea General y fuera adoptada como una norma internacional de derechos humanos. En todo caso, aunque abortadas de raíz, dichas Normas merecen un recordatorio<sup>67</sup>. Ayudan al menos a seguir situándonos. Luego consideraremos si

67. [www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/a389702baa023990c1256d59004814a4?Opendocument](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/a389702baa023990c1256d59004814a4?Opendocument).

merezcan hoy rescatarse, al contrario esto que otros intentos igualmente fallidos en el *interim*<sup>68</sup>.

De corporaciones *transnacionales* y de *otras* empresas más se habla. Las hay no transnacionales que siguen la misma pauta de desbordamiento del marco de los derechos humanos con la connivencia en su caso de los respectivos Estados. Se trataba de comprometer a aquellas y a estos. La propuesta de Normas tomaba como punto de partida una constatación elemental: las empresas tienen «la obligación de respetar los principios y normas generalmente reconocidos que se enuncian en los tratados de las Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales». En su virtud, esto es lo que establece el artículo primero:

Los Estados tienen la responsabilidad primordial de promover y proteger los derechos humanos consagrados en la legislación internacional y nacional, asegurar que se cumplan, respetarlos y hacerlos respetar, incluso velando por que las empresas transnacionales y otras empresas comerciales respeten los derechos humanos. Dentro de sus respectivas esferas de actividad e influencia, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tienen la obligación de promover y proteger los derechos humanos consagrados en el derecho internacional y en la legislación nacional, incluidos los derechos e intereses de los pueblos indígenas y otros grupos vulnerables, asegurar que se cumplan, respetarlos y hacerlos respetar.

Los miembros de las Naciones Unidas son los Estados y ellos son quienes contraen primariamente obligaciones y responsabilidades cuando se adoptan instrumentos normativos de derechos humanos, pero los derechos humanos, si son derechos, valen frente a cualquier agente, como en el caso frente a las empresas, igualmente obligadas a respetarlos; y si son humanos, corresponden a todos, como a *los pueblos indígenas y otros grupos vulnerables*, según especifica dicho mismo artículo primero para recalcar la especial obligación que tienen entonces, por esa vulnerabilidad, tanto los Estados como, desde luego, las empresas. En el artículo segundo se abunda: «Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales garantizarán la igualdad de oportunidades y de trato, como se dispone tanto en los instrumentos internacionales y la legislación nacional pertinentes como en las normas internacionales de derechos humanos, con el fin de eliminar toda discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, nacionalidad, origen social, condición social, pertenencia a un pueblo indígena, discapacidad, edad...». Por decirlo brevemente, las empresas tienen responsabilidades de respeto a los

68. En castellano, la más amplia y solvente exposición sobre todo este proceso fallidamente normativo la ofrece O. Martín-Ortega, *Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en el Derecho Internacional*, Barcelona, Bosch, 2008.

derechos humanos; a los Estados corresponde la obligación de exigir esas responsabilidades. Porque sean transnacionales y desborden a los Estados, no por ello las empresas pueden escapar a sus consiguientes obligaciones.

Aquellas normas abortadas intentaban abrirle un espacio no meramente pasivo, no solo como objeto de protección, a la humanidad indígena entre otros agentes:

Además de las partes directamente afectadas por las actividades de las empresas comerciales, podrán ser *partes interesadas* aquellas partes que resulten afectadas indirectamente por las actividades de las empresas transnacionales u otras empresas comerciales como son los grupos de consumidores, los clientes, los gobiernos, las comunidades vecinas, los pueblos y las comunidades indígenas, las organizaciones no gubernamentales, las instituciones crediticias públicas y privadas, los proveedores, las asociaciones comerciales y demás (art. 22).

No parece que pudiera haber sido de otro modo<sup>69</sup>. En el seno de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, la que recibe en 1999 el apellido de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, ya se había elaborado el proyecto de DDPI, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que comenzaba por considerarles como sujetos de derecho. La Subcomisión no se sustraña a esta consideración. Quienes se sustrajeron y defraudaron fueron las instancias intergubernamentales de las Naciones Unidas.

En las Naciones Unidas ya se estaba promocionando otro planteamiento frente a la propia noción de los derechos humanos como derechos y como humanos, como títulos de validez consiguientemente universal o, según suele decirse entre juristas, *erga omnes*, vinculantes para todas y todos, empresas incluidas junto a los Estados. Las mismas Normas de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos hacían referencia: «Teniendo en cuenta las normas enunciadas en la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales [...]. Conociendo también la iniciativa de las Naciones Unidas denominada Pacto Mundial en que se reta a los dirigentes empresariales a *adoptar y promulgar* nueve principios básicos en la esfera de los derechos humanos...», proceden a su propuesta. Frente a posiciones más débiles, como esta del Pacto Mundial que enseguida tratamos, el inspira-

69. D. Weissbrodt y M. Kruger, «Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights»: *American Journal of International Law*, 97-4 (2003), pp. 901-922. Retengamos el nombre de David Weissbrodt, miembro de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías-Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos desde 1996 a 2003.

dor y principal impulsor de las Normas, David Weissbrodt, profesor de derecho internacional de los derechos humanos de la Universidad de Minnesota, a quien ya hemos citado<sup>70</sup>, se cuidaba de fundamentarlas en el derecho de los derechos humanos. Las personas cuentan.

### 3. De los diez principios del Pacto Mundial al Marco y los Principios para Proteger, Respetar, Remediar

De las referencias citadas de las Normas, ya conocemos la Declaración Tripartita. Conviene ahora ocuparse de la otra, la del Pacto Mundial o *Global Compact*, porque estaba ya introduciendo otro planteamiento bien distinto. El Pacto Mundial se lanza por las Naciones Unidas en el año 2000 respondiéndose a la misma preocupación ante los efectos del desbordamiento de los Estados por la transnacionalización de las empresas en relación con los derechos humanos<sup>71</sup>. La clave está dicha: *adoptar y promulgar* por parte de *los dirigentes empresariales* sus propios *principios* respecto a *los derechos humanos*, entendiéndose desde luego que van a responder a los patrones del derecho internacional. No se trata de declarar la vinculación de las empresas al cuerpo normativo de los derechos humanos, responsabilizando al efecto a los Estados, sino de proponer a las primeras que, según pautas y modos que las mismas empresas acuerden, se comprometan con el respeto y la garantía de los derechos humanos, y esto a los efectos ante todo de crear un «marco de acción encaminado a la construcción de la legitimación social de las corporaciones y los mercados», de legitimar internacionalmente lo uno y lo otro, la empresa y el mercado, de lograr este sintomático objetivo<sup>72</sup>. Es la vía por la que el Pac-

70. Añádase D. Weissbrodt, «Non-State Entities and Human Rights within the Context of the Nation-State in the 21<sup>st</sup> Century», en M. Castermans-Holleman, F. van Hoof y J. Smith (eds.), *The Role of the Nation-State in the 21<sup>st</sup> Century Human Rights, International Organisations and Foreign Policy: Essays in Honour of Peter Baehr*, La Haya, Kluwer, 1998, pp. 175-195; «Human Rights and the Responsibilities of Individuals and Non-State Entities», en G. Alfredsson y M. Stavropoulou (eds.), *Justice Pending: Indigenous Peoples and Other Good Causes. Essays in Honour of Erica-Irene A. Daes*, La Haya, Martinus Nijhoff, 2002, pp. 239-262; «Business and Human Rights»: *The University of Cincinnati Law Review*, 74 (2005), pp. 55-73 (reproducido en D. Kinley, ed., *Human Rights and Corporations*, Londres, Ashgate, 2009, pp. 103-121); «International Standard-Setting on the Human Rights Responsibilities of Businesses»: *Berkeley Journal of International Law*, 26-2 (2008), pp. 373-391, que es la amplia *address* de un número monográfico sobre el particular; «UN Human Rights Law for Business»: *Journal of Business Ethics*, 87/2 (2009), pp. 290-297, que es también número monográfico sobre corporaciones multinacionales y derechos humanos.

71. [www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/index.html](http://www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/index.html).

72. G. Kell y J. G. Ruggie, «Global markets and social legitimacy: The case of the Global Compact»: *Transnational Corporations*, 8-3 (1999), pp. 101-120. Retengamos también el nombre del segundo, el de John Ruggie.

to Mundial pretende estar construyendo nada menos que una *ciudadanía corporativa* de ese alcance global. El objetivo paladino es el de la *legitimación* de la transnacionalidad empresarial. *Voluntariamente* respecto a todo compromiso en el ámbito internacional es el término modal que más se repite<sup>73</sup>. Entre los mencionados *nueve principios básicos*, en realidad diez, no hay nada en absoluto sobre derechos de pueblos indígenas. El decálogo se completó con un compromiso contra la corrupción<sup>74</sup>.

Un principio que en algo pudiera colateralmente interesar a los pueblos indígenas es el octavo: «Las empresas deben fomentar las iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental», caso, por supuesto, de que tales pueblos se resignasen a ser elementos del medioambiente y no sujetos de derecho. Pudiera interpretarse que los dos primeros principios cubren los derechos de los pueblos indígenas en especial tras la DDPI, la Declaración pertinente que ya conocemos y a la que habremos de retornar: «Las Empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos fundamentales reconocidos universalmente, dentro de su ámbito de influencia»; «Las Empresas deben asegurarse de que sus empresas no son cómplices de la vulneración de los derechos humanos». Sin embargo, lo de *universalmente* se entiende en estos medios de intereses corporativos como excluyentes de garantías no universales de derechos universales, como las que precisan los pueblos, las comunidades y las personas indígenas. Y esos *deben* se formulan siempre en este contexto bajo la clave de la *voluntariedad*, lo que basta para privar ya de entrada a los *derechos humanos*, a todos ellos, de su rango y de su vigor en cuanto tales. La categoría de dudoso valor normativo de derecho débil, dúctil o flojo (*soft law*) se colaciona a favor de dicha *voluntariedad* no vinculante<sup>75</sup>. No nos dejemos llamar a engaño. A efectos prácticos poco importa que la operación se haga de buena fe, para ir encauzando a las empresas por la senda de los derechos humanos, o de mala fe, para ayudarlas a eludirlos. El caso es que no se admite la vinculación estricta y que cabe que se facilite el fraude solapado. No se trata de meras suspicacias, como todavía veremos.

73. D. Weissbrodt y M. Kruger, «Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations», tras repasar otras iniciativas, las vistas y más, para el abordaje internacional de la responsabilidad empresarial, subrayan justamente que la procedente de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos se singularizaba por ser la primera en plantearse en los términos debidos de obligatoriedad, vinculación o no *voluntariedad* para las empresas.

74. [www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/Los\\_Diez\\_Principios.html](http://www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/Los_Diez_Principios.html).

75. J. G. Ruggie, «Business and Human Rights: The Evolving International Agenda»: *American Journal of International Law*, 101-4 (2007), pp. 819-840, con las empresas por delante para que no se espanten, igual que en la dirección de su sitio que ahora visitaremos ([www.business-humanrights.org](http://www.business-humanrights.org)).

En este punto conviene volver a personalizar. John Ruggie, a quien se viene citando, profesor de derechos humanos y asuntos internacionales en la Universidad de Harvard, jugó un papel relevante en el planteamiento del Pacto Mundial. Con posterioridad, viéndose lo que el invento podía dar de sí<sup>76</sup>, el secretario general de las Naciones Unidas, Kofi Annan a la sazón, le eligió como su representante especial para la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales, cargo que ha desempeñado entre 2005 y 2011<sup>77</sup>. La oposición de Ruggie al referido proyecto de Normas era tan radical y notoria que no se arriesga mucho por pensar que fue la razón de su nombramiento<sup>78</sup>. La iniciativa de creación de tal instancia procedía de la Comisión de Derechos Humanos, no encauzándose por la vía más regular de la propia Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, descartada previsiblemente por mantener su propuesta de dichas Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos, y no dejándose así el asunto en manos de los procedimientos ordinarios<sup>79</sup>.

En 2011, Ruggie culminó su mandato trayendo ante el organismo sucesor de la Comisión, el Consejo de Derechos Humanos, encargo mediante<sup>80</sup>, unos *Principios* para la puesta en práctica de su Informe, de 2008, *Proteger, Respetar, Remediar: Marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*. Entre los verbos del título no se dice que reconocer derechos ni, aún menos, garantizarlos o, todavía mucho menos, repararlos conforme estrictamente todo ello, tanto el reconocimiento como la garantía y como la reparación, a la entidad de su categoría en cuanto

76. J. G. Ruggie, «global.governance.net: The Global Compact as Learning Network»: *Global Governance*, 7 (2001), pp. 371-378; «Reconstituting the Global Public Domain: Issues, Actors, and Practices»: *European Journal of International Relations*, 10-4 (2004), pp. 499-531; «The theory and practice of learning networks: Corporate social responsibility and the Global Compact», en M. McIntosh, S. Waddock y G. Kell (eds.), *Learning to Talk: Corporate Citizenship and the Development of UN Global Compact*, Sheffield, Greenleaf, 2004, pp. 32-42, con prólogo de Kofi Annan; «Protect, Respect, and Remedy: The UN Framework for Business and Human Rights», en M. A. Baderin y M. Ssenyonjo (eds.), *International Human Rights Law: Six Decades after the UDHR and Beyond*, pp. 519-538.

77. [www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home](http://www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home), con portal en español que quedó en blanco.

78. [198.170.85.29/Ruggie-remarks-to-Fair-Labor-Association-and-German-Network-of-Business-Ethics-14-June-2006.pdf](http://198.170.85.29/Ruggie-remarks-to-Fair-Labor-Association-and-German-Network-of-Business-Ethics-14-June-2006.pdf).

79. [www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/special/index.htm](http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/special/index.htm). Para la documentación de aquel proceso en castellano, los anejos de M. Özden, «Sociedades transnacionales y derechos humanos. Situación actual y desafíos de los debates de la ONU en torno a las 'Normas sobre la Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos'»: CETIM (Centre Europe-Tiers Monde), 2006, accesible en internet: [www.cetim.ch/es/documents/bro2-stn-A4-es.pdf](http://www.cetim.ch/es/documents/bro2-stn-A4-es.pdf).

80. [www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Mandate](http://www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Mandate).

que derechos humanos. Contribuía al cortocircuito del enfoque de las Normas de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos.

No obstante, algún detalle ha tenido el representante especial Ruggie con los pueblos indígenas, pues hace en ocasiones mención a su existencia, esto que el decálogo del Pacto Mundial evita cuidadosamente<sup>81</sup>. Los ha venido ubicando entre los sectores vulnerables de la sociedad a fin de reducirlos a objeto de protección, no tratándolos nunca, ni siquiera tras la DDPI, como sujetos de derecho. En el Informe *Proteger, Respetar, Remediar* los pueblos indígenas solo comparecen incidentalmente en una nota sin mayor efecto. En su último Informe ya aludido, el de 2011, normativamente titulado *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para «Proteger, Respetar, Remediar»*, ha de prestar a los pueblos indígenas una atención más específica. Lo hace impidiendo hasta el final la posibilidad de que se les tome en consideración como sujetos de derechos propios que puedan obligar a las empresas<sup>82</sup>.

En concreto, Ruggie plantea que, por vía de *asesoramiento*, se ha de *aconsejar* a las empresas sobre «los métodos adecuados, incluida la debida diligencia en materia de derechos humanos» para «tratar eficazmente las cuestiones de género, vulnerabilidad y/o marginación, reconociendo los problemas específicos de los pueblos indígenas, las mujeres, las minorías nacionales, étnicas, religiosas o lingüísticas, los niños, las personas con discapacidad y los trabajadores migrantes y sus familias». Registra la existencia de instrumentos de las Naciones Unidas sobre «los derechos de los pueblos indígenas, las mujeres, las minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas, los niños, las personas con discapacidad y los trabajadores migrantes y sus familias», pero sin especificar ni distinguir y para regresar a términos de protección sin derechos específicos. Señala que hay casos de «obstáculos legales» que pueden afectar a las empresas: «cuando los derechos humanos de ciertos grupos, como los pueblos indígenas y los migrantes, no reciben el mismo nivel de protección jurídica que los de la población mayoritaria», como si no pudieran tener más

81. En el sitio de Ruggie hay página con información muy incompleta al respecto: [www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Materialsbytopic/Groupsaffected/Indigenouspeoples](http://www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Materialsbytopic/Groupsaffected/Indigenouspeoples).

82. *Protect, Respect, Remedy* se publica en dosieres con títulos de entrada tan engañosos como «poniendo en práctica los derechos»: «Innovations: Technology, Governance, Globalization»: 3-2 (2008), *Realizing Rights*, pp. 189-212. Para enlaces al conjunto de documentos y selección de comentarios sobre *Protect, Respect, Remedy*: [www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Protect-Respect-Remedy-Framework](http://www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Protect-Respect-Remedy-Framework); [www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Commentaries/2008](http://www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Commentaries/2008). Para prontitud de acogida europea, [www.sweden.gov.se/content/1/c/6/13/86/36/99521cd3.pdf](http://www.sweden.gov.se/content/1/c/6/13/86/36/99521cd3.pdf).

derechos ni más garantías que los reconocidos y las suministradas por el Estado. Los unos y las otras de sujetos indígenas brillan por su ausencia en el *Marco* y los *Principios* de las Naciones Unidas sobre *Derechos Humanos y Empresas*, en los definidos por el Representante Especial.

En 2011, el Consejo de Derechos Humanos no solo ha recibido el último Informe del representante Ruggie dando por concluido el ejercicio de su mandato, sino que también ha resuelto instituir un Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas para que, ante todo, «promueva la divulgación y aplicación efectiva y global de los Principios Rectores». Dicho Grupo, según la misma resolución del Consejo de Derechos Humanos, ha de organizar y dirigir un Foro sobre las Empresas y los Derechos Humanos, foro abierto a «representantes de los pueblos indígenas» entre otros agentes, lo cual, especialmente lo de la representación indígena, por sí y por cuanto aún hemos de considerar sobre derechos de estos pueblos, puede que todavía cambie significativamente la suerte del *Marco* y de los *Principios*. En todo caso, el planteamiento de Ruggie, con su efecto nugatorio para los derechos de los pueblos indígenas<sup>83</sup>, marca hoy la perspectiva de las Naciones Unidas en el capítulo más general de los derechos y las empresas. Ya se toma como el escenario dado<sup>84</sup>. A ello habrá de volverse para discutirlo con el conocimiento de causa que aún falta y ahora procuro que siga.

#### 4. *Del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*

El futuro del orden internacional sobre las relaciones entre derechos humanos que vinculan a los Estados y empresas transnacionales que los desbordan no está, sin embargo, definitivamente marcado por la obra de Ruggie gracias a otra razón de peso. Paralelamente a todo lo visto viene desarrollándose en el seno de la constelación de las Naciones Unidas un

83. Por lo general, entre medios informados y conscientes hay, en cambio, algo de optimismo expectante en relación a los derechos *versus* las empresas inclusive respecto a pueblos indígenas: C. O'Faircheallaigh y S. Ali (eds.), *Earth Matters: Indigenous Peoples, the Extractive Industries and Corporate Social Responsibility*, Sheffield, Greenleaf, 2008; L. Rodríguez Piñero, «Las agresiones del desarrollo: Pueblos indígenas, normas internacionales e industrias extractivas»: *Relaciones Internacionales* (revista electrónica: [www.relacionesinternacionales.info](http://www.relacionesinternacionales.info)), 11 (2009), pp. 43-78. Aparte lo que aún veremos, puede de entrada contrastarse A. Teitelbaum y M. Özden, «Sociedades transnacionales, actores mayores en las violaciones de los derechos humanos»: CETIM (Centre Europe-Tiers Monde), 2011, accesible en internet: [www.cetim.ch/es/documents/cuaderno\\_10.pdf](http://www.cetim.ch/es/documents/cuaderno_10.pdf).

84. R. Mares (ed.), *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundations and Implementation*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011.

paradigma distinto en atención precisamente a los pueblos indígenas y sus derechos. El impulso principal ha venido de un Convenio de la OIT, su Convenio 169, un tratado que desde 1989 propone a los Estados una agencia especializada de las Naciones Unidas y que en principio solo vincula a aquellos determinados que lo ratifican, pero Convenio que ha logrado y mantiene un valor bastante superior. Comienza a definir resueltamente ese otro paradigma en términos normativos, lo que además, para el caso de las Américas, viene siendo potenciado por el sistema interamericano de derechos humanos<sup>85</sup>.

El Convenio 169 no es en rigor un tratado de derechos humanos, pero lo es sobre derechos de los pueblos indígenas, derechos que las propias Naciones Unidas ha venido luego a considerar, con la DDPI, a la que acto seguido volveremos, derechos estrictamente tales, humanos. Y compromete a los Estados en unos determinados procedimientos a guisa de garantías para los propios derechos sustantivos que el Convenio registra. Se trata del procedimiento de consulta y el procedimiento de participación, el uno como el otro constituyendo derechos en sí mismos para el pueblo y deberes, por ende, para el Estado. ¿Y para las empresas? También para estas el Convenio 169 trae directrices en conformidad con los derechos sustantivos y los derechos procedimentales. Para las relaciones de los pueblos indígenas con empresas interesan ante todo, como garantías, los procedimientos, el de consulta y el de procedimiento, unos procedimientos que en principio solo conciernen a los pueblos y al Estado, dejándose a las empresas para un momento ulterior, tras evacuar la consulta. La primera y ya importante garantía es la de excluir de entrada que aquellas empresas que buscan acceso a recursos de territorios indígenas se relacionen con los correspondientes pueblos directamente, sin mediación y garantía de consulta por parte del Estado<sup>86</sup>.

El Convenio 169 cuida la concreción de requisitos para las garantías. Los Estados deben practicar la consulta con los pueblos indígenas respecto a todas las «medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente»; tienen que hacerlo con «sus instituciones representativas», con las que los pueblos tengan o con las que se doten autónomamente, no con las que los Estados decidan o instituyan; así como han de «establecer los medios» y «proporcionar los recursos necesarios» a dicho fin, esto es, «para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos», los indígenas. La consulta ha de conducirse «mediante

85. L. Rodríguez Piñero, «El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas», en M. Berraondo (ed.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, pp. 153-203, disponible también en internet: [www.ibcperu.org/doc/isis/9002.pdf](http://www.ibcperu.org/doc/isis/9002.pdf).

86. [www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm](http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm), en su número de orden entre convenios el 169.

procedimientos apropiados» y «de buena fe», debiendo responder a «la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas». Los Estados quedan obligados no solo a *consultar* a las *instituciones representativas* de los pueblos indígenas y a proveer los recursos necesarios para su mantenimiento, sino también a «establecer los medios» para que «puedan participar libremente» y «a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan» (art. 6).

Respecto a lo que pueda más específicamente interesar a actividades empresariales en territorios indígenas, el Convenio registra un principio esencial: «Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural», a cuyo efecto estos pueblos, los pueblos indígenas que tienen *el derecho de decidir sus propias prioridades de desarrollo* en cuanto que tales pueblos, «deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente»; más aún, «en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan» pueblos indígenas, «el mejoramiento» de sus «condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación [...] deberá ser prioritario», esto mismo de *prioritario* en conformidad ha de entenderse con las *prioridades* propias, no con las del Estado (art. 7).

El Convenio todavía especifica más: «Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos»; «los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan» (art. 7 también). Por una parte, los estudios de impacto social, cultural, espiritual y ambiental, no solo sobre esto último, de los proyectos de desarrollo, como, por ejemplo, para las concesiones de acceso a recursos en territorios indígenas a favor de empresas extractivas, han de realizarse *en cooperación con los pueblos* respecto a todo lo que pueda interesarles. Adicionalmente, las políticas medioambientales en cuanto afecten a pueblos indígenas habrán de plantearse y llevarse a cabo *en cooperación* con los mismos. ¿Se necesita por parte indígena asesoramiento técnico para participar en estudios de impactos y políticas de desarrollo? Ya está dicho que los Estados han de proveer los medios sin interferir en las decisiones de los pueblos indígenas.

La DDPI sigue en esa misma línea abierta por el Convenio 169 potenciando tanto derechos como, lo que no es menos importante o lo resulta bastante más, procedimientos de garantía<sup>87</sup>. Lo que comienza potenciando es a los mismos pueblos como sujetos de derecho internacional en su virtud. La DDPI es una norma de derechos humanos. Fue adoptada bajo tal concepto en septiembre de 2007 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y contiene disposiciones vinculantes para ellas mismas y para los Estados, como ya nos consta: «Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración» (art. 38); «Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, en particular a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia» (art. 42). *En consulta y cooperación con los pueblos indígenas* debe ponerse en práctica la DDPI, un instrumento de derechos humanos que especialmente potencia el *derecho al consentimiento* de los pueblos indígenas en cuanto que derecho *a la libre determinación* en general y, en particular, *a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos*, de las tierras, territorios y recursos indígenas (arts. 3 y 32.1).

Reforzándolo siempre, la DDPI califica repetidamente al *consentimiento* como *libre, previo e informado*: «Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo» (art. 32.2); «Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado» (art. 19). Es el Estado quien debe garantizar respecto a la consulta su carácter previo a cualquier decisión que pueda afectar a pueblos indígenas, su ejercicio por los mismos en condiciones de libertad, lo que significa *autonomía* (art. 4), y con plena información a disposición de la parte indígena.

El *consentimiento* es exigencia que la DDPI reitera por activa y por pasiva, por reflexiva y por perifrástica (arts. 10, 11, 19, 28, 29, 32...), de-

87. [daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/10/PDF/N0651210.pdf?OpenElement](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/10/PDF/N0651210.pdf?OpenElement).

tallando casos en los que el mismo ha de ser absolutamente imprescindible; así, por ejemplo, algunos en los que fácilmente pueden incurrir las empresas extractivas como el de *desplazamiento* o *traslado*, o el de almacenamiento o eliminación de *materiales peligrosos* (arts. 10 y 29.2). El requerimiento es, en todo caso, de carácter, por principio, general. Los pueblos indígenas tienen *derecho a la reparación* siempre que «las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma [...] hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado» (arts. 28.1). El consentimiento es, por ende, necesario. Y la participación no es una obligación, sino igualmente un derecho y, como tal derecho, optativo por principio: «Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado» (art. 5). *Si lo desean* es, por supuesto, la clave de *libre determinación* que fundamenta para la DDPI todos los derechos de los pueblos indígenas que registra (art. 3 citado).

¿Qué ocurre si se trata de *recursos* en territorios indígenas que los pueblos indígenas no hayan *poseído u ocupado o utilizado*? ¿Y si son los del subsuelo, aquellos en los que se interesan las empresas extractivas? ¿Y si los mismos se encuentran reservados constitucionalmente al Estado? El Convenio 169 admite este supuesto: «En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos...», procede lo dicho, la *consulta con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento*:

Los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (Convenio, art. 15.2);

Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas interesados, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso (DDPI, art. 27).

No puede decirse que, entre Convenio y DDPI, el derecho internacional sobre derechos de los pueblos indígenas tenga previstos todos los supuestos. Falta, por ejemplo, uno tan sensible ante la presión de las empresas como el de los pueblos que ejercen su derecho a la libre determina-

ción manteniéndose en aislamiento voluntario. En todo caso, hay principios y reglas suficientes para abordar todos los supuestos<sup>88</sup>.

##### 5. Principios sobre derechos humanos y empresas contra garantías de derechos de los pueblos indígenas

Quien haya leído atentamente hasta este punto imagino que no dará crédito a sus ojos. ¿Cómo las Naciones Unidas pueden llevar al mismo tiempo e impasiblemente dos agendas tan contradictorias sobre igual asunto y ninguna de ellas oculta, ambas abiertas, bien a la vista? Ciertamente es que han discurrido por cauces distintos. La agenda de los pueblos indígenas se lanza y desarrolla en instancias de derechos, mientras que la agenda de las empresas se plantea y progresa por otras vías. También es cierto que en momentos decisivos, los caminos confluyen sin que colisionen y sin que se miren a la cara. E igualmente resulta cierto que a estas alturas andan las agendas confundidas en detrimento, precisamente, de la propia de los pueblos indígenas, la de sus derechos.

La agenda de los derechos de los pueblos indígenas comenzó a fraguarse en el ámbito de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, vino a concretarse por una agencia de las Naciones Unidas especialmente atenta y sensible con los derechos, la OIT, y llegó a culminarse por las instancias de derechos humanos hasta la aprobación de la DDPI por la Asamblea General en septiembre de 2007<sup>89</sup>. La agenda de las empresas se cocinó en otras instancias menos específicas de derechos e incluso, en momentos, a espaldas no solo de las unas, sino también de los otros, de los derechos mismos. Fue en el ámbito de la Secretaría General de las Naciones Unidas donde se organizó el Pacto Mundial y donde se situó al representante especial para la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales. Ni lo uno ni lo otro se ubicaron en el ámbito propio de

88. [acnudh.org/wp-content/uploads/2012/03/Final-version-Guidelines-on-isolated-indigenous-peoples-february-2012.pdf](http://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/03/Final-version-Guidelines-on-isolated-indigenous-peoples-february-2012.pdf), *Directrices* (de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos) *de protección para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la Región Amazónica, el Gran Chaco y la Región Oriental de Paraguay*, bajo la óptica que se deduce de la DDPI, la de respeto a la libre determinación y a sus territorios y recursos, por ende. Para publicaciones sobre pueblos aislados por dichas regiones americanas, [www.iwgia.org/publicaciones/publicaciones-por-idioma/publicaciones-en-castellano](http://www.iwgia.org/publicaciones/publicaciones-por-idioma/publicaciones-en-castellano).

89. C. Charters y R Stavenhagen (eds.), *El Desafío de la Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*; St. Allen y A. Xanthaki (eds.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Oxford, Hart, 2011; en este se contiene un buen capítulo sobre el valor normativo de la DDPI y su trascendencia potencial para el orden internacional de los derechos humanos, pp. 304-326: J. Gilbert y C. Doyle, «The Requirement to Obtain Free, Prior and Informed Consent: Natural Evolution or Groundbreaking Development?».

este tipo de instancias, especialmente de la segunda, el de, en tiempos, la Comisión o, luego, el Consejo de Derechos Humanos. En todo caso ha sido este, el Consejo de Derechos Humanos, el que, por una parte, da el definitivo espaldarazo al proyecto de DDPI en su ascensión final hacia la Asamblea General y, por otra parte, respalda el Marco y los Principios de *Proteger, Respetar, Remediar* erigiéndolos en guía directiva para el Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas<sup>90</sup>.

Sobre la profundidad de la contradicción entre las agendas no creo que quepan muchas dudas, aunque cierto es que usualmente, aun de apreciarse diferencias, no se resaltan tanto ni de tal modo<sup>91</sup>. Basta, sin embargo, con observar objetivos. Una agenda, la de derechos humanos y empresas, intenta neutralizar a la otra, la de los derechos de los pueblos indígenas. No se trata de que esta sea desiderativa y aquella, operativa, pudiendo la segunda, según pretende, ir preparando el terreno para que la primera resulte factible. Cabe pensarse, por supuesto de buena fe, que, ante las resistencias tanto de los Estados como de las empresas a la hora de las políticas y los proyectos, la DDPI debe rebajar su perfil de norma imperativa y reducirse a una formulación de objetivos finales abriéndose pacientemente paso a través de la constelación de las Naciones Unidas antes de llegar al mundo a ras de tierra, el de las víctimas. Si la buena fe se le presume a las empresas, a los Estados y a las instancias internacionales como si así además se cubriera, sin los pueblos indígenas, la totalidad de los sujetos principales concernidos, la política comprensiva y gradual parece desde luego preferible al derecho riguroso y vinculante<sup>92</sup>. Mas con todo esto no se recorre otro camino hacia un mismo fin, sino que se abre una senda hacia un horizonte bastante más incierto y, con toda seguridad, distinto<sup>93</sup>.

90. Para sopesarse el monto y alcance de instrumentos internacionales que comprometerían a las empresas a las alturas del encargo de Annan a Ruggie que lleva a este resultado, R. Mares (ed.), *Business and Human Rights: A Compilation of Documents*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004. En su aplicabilidad a las empresas seguiría insistiendo D. Weissbrodt, «International Standard-Setting», pp. 376-379. R. Mares es de la posición contraria además de asesor consecuente de empresas extractivas, como todavía comprobaremos.

91. N. Seppala, «Business and the International Human Rights Regime: A Comparison of UN Initiatives»: *Journal of Business Ethics*, 87/2 (2009), pp. 401-417, que es número monográfico ya citado; S. Jerbi, «Business and Human Rights at the UN: What Might Happen Next?»: *Human Rights Quarterly*, 31-2, (2009), pp. 299-320; P. Feeny, «Empresas y derechos humanos. La lucha por la rendición de cuentas en la ONU y el rumbo futuro de la agencia de incidencia»: *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, 11 (2009), pp. 177-193.

92. R. Mares, «Defining the limits of corporate responsibilities against the concept of legal positive obligations»: *The George Washington International Law Review*, 40-4 (2009), pp. 1157-1217; «Business and Human Rights after Ruggie: Foundations, the Art of Simplification and the Imperative of Cumulative Progress», en Id. (ed.), *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, 169-192.

93. L. Rodríguez Piñero, «La 'implementación' de la Declaración: Las implicaciones del artículo 42», en N. Álvarez, J. D. Oliva y N. Zúñiga (eds.), *Declaración sobre los Dere-*

La hoja de ruta marcada por *Proteger, Respetar, Remediar* es todavía otra diversa, pues ni siquiera utiliza la brújula de la DDPI. La agenda de los derechos de los pueblos indígenas se formula en términos normativos vinculantes con las garantías bien efectivas de la consulta y la participación bajo la regla del consentimiento. Los Principios Rectores de *Proteger, Respetar, Remediar* enseñan, en cambio, a hacer oídos sordos a los derechos de los pueblos indígenas: pues son vulnerables, todo lo que necesitan es protección por parte del Estado y no en modo alguno derechos ni, aún menos, garantías o, todavía menos, determinación propia sobre *prioridades y estrategias para el desarrollo*. Para esto, el desarrollo, están las empresas a las que, según *Proteger, Respetar, Remediar*, se las debe asesorar, y no obligar, a fin de que respeten derechos universales de forma que les sirva para ignorar garantías específicas de derechos como los propios de los pueblos indígenas. Tras la DDPI, *Proteger, Respetar, Remediar* representa el desafío más frontal contra tales garantías. Otras instancias internacionales están buscando mecanismos todavía más sutiles para obviar los derechos de los pueblos indígenas o más bien, pues nominalmente los aceptan, sus garantías, lo decisivo, desde luego, a efectos prácticos<sup>94</sup>.

Como hemos visto reiteradamente, todas las instancias de las Naciones Unidas están obligadas al cumplimiento de la DDPI, pero hay tres específicas para esta materia, dos del Consejo de Derechos Humanos y una del Consejo Económico y Social. Las primeras son la del Relator Especial y la del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y la tercera, la del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Las tres han asumido expresamente el compromiso con la DDPI y las tres están abiertas a aportación indígena, pero hay una que se singulariza porque es la única instancia a la que explícitamente se le encomienda la promoción de la DDPI<sup>95</sup>. En este punto conviene volver a personalizar. Quien recibe dicho encargo, el actual relator especial, es James Anaya, profesor de derecho y políticas de derechos humanos en la Universidad de Arizona, una primera autoridad internacional en esta materia de derechos de los pueblos indígenas<sup>96</sup>. Se encuentra en

*chos de los Pueblos Indígenas. Hacia un mundo intercultural y sostenible*, Madrid, Catarata, 2009, con mi crítica y su réplica.

94. F. MacKay, «The Draft World Bank Operational Policy 4.10 on Indigenous Peoples: Progress or More of the Same?»: *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 22-1 (2005), pp.65-98; G. A. Sarfaty, «The World Bank and the Internalization of Indigenous Rights Norms»: *Yale Law Journal*, 114-7 (2005), pp. 1791-1818. Para las posiciones del WB-BM sobre los pueblos indígenas, [go.worldbank.org/IBZABS9UU0](http://go.worldbank.org/IBZABS9UU0).

95. [unsr.jamesanaya.org/esp/docs/docsonu/2010\\_hrc\\_res\\_15\\_13\\_sp.pdf](http://unsr.jamesanaya.org/esp/docs/docsonu/2010_hrc_res_15_13_sp.pdf). Para el Foro y para el Mecanismo, [www.un.org/esa/socdev/unpfi/es](http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/es) y [www.ohchr.org/SP/Issues/PIndigenas/EMRIP](http://www.ohchr.org/SP/Issues/PIndigenas/EMRIP).

96. S. J. Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, cuya traducción es de L. Rodríguez Piñero y P. Gutiérrez Vega; la presentación, mía; la edición, de Trotta, conforme a la segunda original actualizada de 2004. La primera es de 1996.

las mejores condiciones para afrontar la contradicción entre agendas a favor, lógicamente, de los derechos de los pueblos indígenas en este apartado tan neurálgico y problemático de las actividades empresariales. Resulta difícil pensar en alguien más capacitado que James Anaya para contrarrestar desde dentro de la constelación de las Naciones Unidas el poderoso *lobby* empresarial que no es difícil adivinar detrás de la iniciativa del Pacto Mundial<sup>97</sup>.

La cuestión de *las empresas transnacionales* la plantea el relator Anaya desde su primer Informe ante el Consejo de Derechos Humanos en 2008 «debido al impacto que tienen en las actividades y la vida cotidiana de los pueblos indígenas», señalando que las mismas, las empresas, «tienen una importante responsabilidad de respetar y promover los derechos y los principios de la Declaración», la DDPI<sup>98</sup>. En el de 2009 se produce una aparente incongruencia. Remite confiadamente, como testimonio positivo de «la expectativa de que las empresas observen esas normas (de derechos humanos) en sus respectivas esferas de influencia», al «Informe del representante especial del secretario general sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie, *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*», asumiendo incluso que «el derecho internacional no impone directamente a las empresas la responsabilidad de respetar los derechos humanos». Entiende que son ellas mismas, las empresas, las que por iniciativa propia, mediante la adopción de *códigos de conducta*, han de asumir el compromiso con los derechos<sup>99</sup>.

El relator Anaya pone como ejemplos de *buenas prácticas* las de autorregulación empresarial que realmente se encuentran bajo mínimos en lo que toca en concreto a derechos de los pueblos indígenas<sup>100</sup>. Entendiendo

97. S. B. Banerjee, «Corporate Social Responsibility: The Good, the Bad and the Ugly»: *Critical Sociology*, 34-1 (2008), pp. 51-79. En cuanto a James Anaya, ha de recordarse que, como abogado, dio un impulso decisivo al referido posicionamiento del sistema interamericano de derechos humanos en línea favorable a los pueblos indígenas: *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 19-1 (2002). Rasgo también positivo era su *locus* fronterizo de descendencia indígena y formación cualificada ([www.huffingtonpost.com/paul-finkelman/parents-children-and-citi\\_b\\_687223.html](http://www.huffingtonpost.com/paul-finkelman/parents-children-and-citi_b_687223.html)).

98. [unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2008\\_hrc\\_annual\\_report\\_sp.pdf](http://unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2008_hrc_annual_report_sp.pdf).

99. [unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2009\\_hrc\\_annual\\_report\\_sp.pdf](http://unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2009_hrc_annual_report_sp.pdf). De la cuestión no se había ocupado en *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. En la edición actualizada de 2004 ni siquiera registra referencia a las Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos.

100. [www.icmm.com/document/293](http://www.icmm.com/document/293): International Council on Mining and Metals, *Mining and Indigenous Peoples*, 2008. También viene reiterando su aprecio de las posiciones del WB, que apenas alcanzan unos mínimos y que igualmente desnaturalizan la DDPI con ocurrencias como la de sustituir *consentimiento libre, previo e informado* por *consulta libre, previa e informada*.

además que a las empresas lo que les falta es *comprensión* del derecho y no voluntad de respetarlo, en Informe del mismo año 2009 a la Asamblea General reitera el relator Anaya que se ofrece para el *asesoramiento* tanto a las mismas empresas como a los Estados y también a los pueblos indígenas u otros agentes. A efectos prácticos, el enfoque ha dejado de ser el de los derechos de estos pueblos<sup>101</sup>. Que las empresas «tienen una importante responsabilidad de respetar y promover los derechos y los principios de la Declaración», la de los Derechos de los Pueblos Indígenas, es principio que ha seguido también reiterando el relator Anaya, pero la cuestión no reside ahí, sino en los medios para alcanzarse el objetivo y, principalmente, dado su mandato, en las garantías con las que cuentan los pueblos indígenas, vinculando a los Estados, para que esa responsabilidad empresarial pueda en la práctica sustanciarse.

Entre el primer y el segundo Informe al Consejo de Derechos Humanos, en las posiciones del relator Anaya se produce, si no un giro, una clarificación de postura por influencia directa del representante Ruggie y en su dirección. No hay recapitación ulterior. En su Informe ante el Consejo de Derechos Humanos de 2011, un giro de tuerca se produce. Su alineamiento ya es inequívoco:

La labor del Representante Especial de Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, que ha culminado en el establecimiento del marco para *proteger, respetar y remediar* y de los Principios Rectores para su aplicación, ha contribuido aún más a fomentar la sensibilización respecto de las repercusiones de las operaciones comerciales en los derechos humanos. El marco y los Principios, que el Consejo de Derechos Humanos hizo suyos [...], proporcionan una base aún más firme para seguir avanzando en la protección de los derechos de los pueblos indígenas en el contexto de las actividades empresariales.

Y la tuerca se aprieta. Tales Marco y Principios constituyen para el relator Anaya la *estructura normativa básica*, el orden jurídico fundamental, al propósito. No lo sería definitivamente entonces la DDPI<sup>102</sup>.

A aquellos, el Marco y los Principios, les acaba así confiriendo el relator Anaya un valor normativo que no le reconoce, en cambio, a la DDPI pese al propio mandato de promocionarla. La minusvaloración personal de la segunda le facilita la sobrevaloración institucional, como relator, de lo primero<sup>103</sup>. No hay precedentes en las Naciones Unidas para un paso

101. [unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2009\\_ga\\_annual\\_report\\_sp.pdf](http://unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2009_ga_annual_report_sp.pdf).

102. [unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2011-hrc-annual-report-a-hrc-18-35\\_sp.pdf](http://unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2011-hrc-annual-report-a-hrc-18-35_sp.pdf). La expresión original, literalmente traducida al castellano, parece igual de fuerte: *basic normative structure* ([unsr.jamesanaya.org/docs/annual/2011-hrc-annual-report-a-hrc-18-35-en.pdf](http://unsr.jamesanaya.org/docs/annual/2011-hrc-annual-report-a-hrc-18-35-en.pdf)).

103. [unsr.jamesanaya.org/docs/data/sja-cv-01-2011.pdf](http://unsr.jamesanaya.org/docs/data/sja-cv-01-2011.pdf), currículo donde se registra una conferencia impartida en la Universidad de Sevilla en 2006 con ocasión de un magno Congre-

de tamaño alcance, un paso que otorga valor normativo a un mero informe de un relator, dígaselo representante, por encima de un instrumento de derechos humanos adoptado como tal por la Asamblea General<sup>104</sup>. El acuerdo del Consejo de Derechos Humanos asumiendo el Informe de Ruggie y erigiéndolo en término de referencia para el Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas no parece que justifique el paso. Puede serlo en falso para el relator sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, pero con todos los visos de que, en la coyuntura actual de reticencias de los Estados, reservas de las empresas e incluso resistencias de las agencias de desarrollo de las propias Naciones Unidas ante la DDPI, puede de momento asentarse. Por ahora, es el triunfo del Pacto sobre las Normas, de la política sobre el derecho, de las empresas sobre los derechos<sup>105</sup>.

En 2008, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas se dirige al representante y al relator para que estudiaran «cuáles son las actividades de las empresas transnacionales que pueden constituir una violación de los derechos inmanentes enunciados en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas»<sup>106</sup>. Ha de decirse que el segundo, Anaya, y no el primero, Ruggie, respondió con diligencia poniendo pronto en marcha un estudio sobre el impacto humano de las

so de Americanistas: Why There Should not Have to Be a Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, en la que me correspondieron las presentaciones, y que resultó concurrencia y polémica, así como su publicación: S. J. Anaya, «¿Por qué no debería existir una Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas?», en N. Álvarez, J. D. Oliva y N. Zúñiga (eds.), *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, pp. 37-50. No es que se opusiera a la DDPI, sino que la entiende seriamente como innecesaria por la razón de que su contenido sustancial ya se tendría en el derecho internacional previo, lo que sigo pensando que era un buen argumento, aunque forzado, antes de la DDPI, no definitivamente después. No parece del todo cierto que todos los derechos que en ella se registran ya estuvieran reconocidos como derecho humano y esto, no por exceso de la DDPI, sino por deficiencia del resto de los instrumentos internacionales de derechos humanos ([hrcolumbia.org/indigenous/lecture-columbia-1-21-09.pdf](http://hrcolumbia.org/indigenous/lecture-columbia-1-21-09.pdf)), con lo cual resulta que ahora la cuestión esencial es de garantías, en manos de los pueblos indígenas (autonomía, participación, consulta, consentimiento...) tanto como ajenas, pues para cada derecho, la DDPI se cuida de especificar la obligación consiguiente del Estado, lo que con anterioridad no existía en el derecho internacional.

104. [www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Mandate](http://www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Mandate), mandato citado del representante especial en el que tampoco hay base para conferirle un valor normativo al Marco y los Principios.

105. A. Peters, L. Koehlin, T. Förster y G. F. Zinkernagel (eds.), *Non-State Actors as Standard Setters*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; A. Rasche y G. Kell (eds.), *The United Nations Global Compact: Achievements, Trends and Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, prólogo de Ban Ki-moon.

106. [daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/338/84/PDF/N0833884.pdf?OpenElement](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/338/84/PDF/N0833884.pdf?OpenElement). Es el año en el que me incorporé como miembro del Foro para un trienio, con la DDPI recién adoptada y con la urgencia de hacerla valer respecto a las cuestiones más graves y desreguladas. La prórroga para un segundo trienio, que España propuso, no me fue concedida por el Consejo Económico y Social.

*Industrias extractivas que realizan operaciones dentro de territorios indígenas o en proximidad de ellos.* Hasta hoy no se ha concluido, pero se cuenta con algún anticipo comprometido, que con razón se aprecia<sup>107</sup>. Sin embargo, no se anuncia un cambio de fondo porque se observe más específicamente el asunto, incluida para su estudio una encuesta que se dirige por igual a todas las partes concernidas, ni siquiera principalmente, conforme a protocolo acorde con la DDPI, a los pueblos indígenas y sus organizaciones. El adelanto se incluye en el mismo Informe del 2011 en el que adopta *Proteger, Respetar, Remediar* como término normativo de referencia<sup>108</sup>.

Las Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos parecen definitivamente desahuciadas. Resultan suplantadas por el Marco y los Principios para *Proteger, Respetar, Remediar*. De réquiem se ha hablado<sup>109</sup>. ¿Es así? El relator Anaya no se ha planteado ciertamente rescatarlas. En ninguno de sus informes de los tres años que median entre el Marco y los Principios plantea cuestión a su respecto<sup>110</sup>. En el futuro puede hacerlo, pues el Consejo de Derechos Humanos ha dirigido el mandato de *promover la divulgación y aplicación* de los mismos al nuevo Grupo de Trabajo, no al Relator Especial, como tampoco al Mecanismo de Expertos sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, igualmente dependiente de dicho Consejo. Y, como está dicho, el Grupo habrá de trabajar con un Foro en el que pueden participar representantes indígenas. Por su parte, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas no tiene por qué adoptar las posiciones del Relator Especial. Es en este contexto tan abierto en el que se ha llegado a esa precipitada conclusión de que el Marco y los Principios constituyen la *estructura normativa básica* en lo que interesa a los pueblos indígenas ante las actividades empresariales que les afectan.

107. Por ejemplo, [otramerica.com/radar/anaya-proyectos-extractivos-socavan-la-libre-determinacion-de-los-pueblos-indigenas/624](http://otramerica.com/radar/anaya-proyectos-extractivos-socavan-la-libre-determinacion-de-los-pueblos-indigenas/624).

108. [www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/18session/A-HRC-18-35\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/18session/A-HRC-18-35_sp.pdf), el mismo Informe ya citado de 2011.

109. S. D. O. V. Bachmann y P. P. Miretski, «Global Business and Human Rights: The UN 'Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights' – A Requiem», 2011, disponible en [ssrn.com/abstract=1958537](http://ssrn.com/abstract=1958537).

110. Weissbrodt no ha dejado de criticar el planteamiento de Ruggie como representante especial, lo que hubiera podido ayudar al relator Anaya, pues ahí tiene buenos argumentos jurídicos para distanciarse de *Proteger, Respetar, Remediar* a favor de la recuperación de las Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales: D. Weissbrodt, «International Standard-Setting», pp. 382-390. Añádase D. Bilchitz, «El Marco Ruggie: ¿Una propuesta adecuada para las obligaciones de derechos humanos de las empresas?»: *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, 12 (2010), pp. 209-241; «Do Corporations Have Fundamental Rights Obligations?»: *Theoria. Journal of Social and Political Theory*, 125 (2010), pp. 1-35.

En su Informe ante la Asamblea General de 2011, el relator Anaya pretende que se está en vías de alcanzar un «consenso en torno a la responsabilidad de las empresas en relación con los derechos humanos» sobre las bases de *Proteger, Respetar, Remediar*. Al menos tiene el detalle de no mencionar a los pueblos indígenas como partícipes en ese presunto consenso. Un tal *consensus* es fácil de presumirse y figurarse, según viene, de hecho, haciéndose<sup>111</sup>, cuando así se elimina la presencia activa de sujetos de derecho internacional como lo son, tras la DDPI, los pueblos indígenas, no en cambio, ni antes ni ahora, las empresas. Entre el representante Ruggie y el relator Anaya las cosas funcionan tal y como si la DDPI no existiera ni siquiera a los efectos de considerarles *parte* en el asunto neurálgico de los derechos humanos y las empresas, algo que, como vimos, estaba claro, incluso antes de la DDPI, para las Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales elaboradas por la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos que se están queriendo dar por irremisiblemente desahuciadas.

La comunicación con los pueblos indígenas no se tiene como preferente caso de plantearse. En el mandato del relator especial se comprende, naturalmente, dicha comunicación, que atiende<sup>112</sup>. En el Informe a la Asamblea General de 2011 el relator Anaya concede a los pueblos indígenas entrada tras la referencia al consenso, a aquel consenso para el que no los toma en cuenta. Los considera objeto obligado de reconocimiento por parte de las empresas conforme al derecho internacional y no al derecho de cada Estado<sup>113</sup>. Bien que un mínimo para una instancia de las Naciones Unidas, es un tanto positivo, como otros que vienen a continuación, pero siguen los pueblos indígenas sin aparecer en la posición que les corresponde según la DDPI, más o menos junto a los Estados, como sujetos de derecho en el ámbito internacional ambos, también los pueblos indígenas después de la DDPI, pero en todo caso, sin lugar a dudas, por delante de las empresas. A la hora de la verdad, el derecho internacional de referencia para el relator especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no es el representado por la DDPI<sup>114</sup>. Hay más. Entre las garantías frente a

111. D. Leipziger, *The Corporate Responsibility Code Book*, Sheffield, Greenleaf, edición revisada, 2010, concluyendo con «An emerging consensus». Por lo que todavía veremos, el interrogante resulta más realista incluso a fecha de hoy: W. Cragg (ed.), *Ethics Codes, Corporations and the Challenge of Globalization*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, pp. 4-8: «An emerging consensus?».

112. [unsr.jamesanaya.org/esp/list/informes-de-paises](http://unsr.jamesanaya.org/esp/list/informes-de-paises), para sus informes sobre visitas a países. El mismo sitio sirve a la comunicación: [unsr.jamesanaya.org/esp/comm/procedimiento-de-comunicaciones](http://unsr.jamesanaya.org/esp/comm/procedimiento-de-comunicaciones).

113. [unsr.jamesanaya.org/docs/annual/2011-ga-annual-report-sp.pdf](http://unsr.jamesanaya.org/docs/annual/2011-ga-annual-report-sp.pdf).

114. S. J. Anaya, «The Rights of Indigenous Peoples to Self-Determination in the Post-Declaration Era», en C. Charters y R. Stavenhagen (eds.), *Making the Declaration Work: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Copenhagen, IWGIA, 2009,

posibles atropellos de derechos vitales de los pueblos indígenas por parte de industrias extractivas se tiene también la de un derecho penal internacional que el relator Anaya también viene eludiendo<sup>115</sup>.

¿Todo anda entre dos profesores o, mejor dicho, tres, como los tenores? Son David Weissbrodt, John Ruggie y James Anaya: Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales; *Proteger, Respetar, Remediar*, y Derechos de los Pueblos Indígenas. Las Normas partían de que las empresas han de estar vinculadas a los derechos humanos y los Estados ser los garantes de esa vinculación. Cuando entró en funciones de representante especial, Ruggie distorsionó el planteamiento de las Normas por descargar del peso de sus obligaciones a las empresas. Presentó a las primeras como si pretendieran convertir a las segundas en sujetos de derecho internacional sindicables ante las Naciones Unidas. En vano ha insistido Weissbrodt en que Ruggie ha construido un maniqueo falseando el planteamiento de las Normas. De poco igualmente vale que las empresas transnacionales, de hecho, actúen como sujetos internacionales sin las responsabilidades correspondientes de grado superior<sup>116</sup>. Aun con el falseamiento de partida, o precisamente por el mismo, la agenda de Ruggie se impone. En el ámbito académico de este debate clave entre profesores, Anaya no ha terciado<sup>117</sup>.

Los aportes de dos de los tres tenores resultan influyentes, representativos y complementarios. Las instancias mayores de desarrollo, como el Banco Mundial (WB), y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), están rindiendo tributo retórico a la DDPI al tiempo que acuñan fórmulas y arbitran mecanismos para viscerarla reproduciendo

pp. 184-198 (está citada la traducción al castellano, *El desafío de la Declaración*), reiterando el argumento que le caracteriza, el de que la DDPI no tiene un alcance sustantivo por razón de que su contenido de derechos ya se encuentra en el derecho internacional anterior. Ambas versiones están disponibles en internet ([www.iwgia.org](http://www.iwgia.org)).

115. B. Clavero, *¿Hay genocidios cotidianos? Y otras perplejidades sobre América indígena*, Copenhague, IWGIA, 2011, pp. 250-262. En Informe sobre Colombia del relator especial ([unsr.jamesanaya.org/esp/docs/countries/2010\\_report\\_colombia\\_sp.pdf](http://unsr.jamesanaya.org/esp/docs/countries/2010_report_colombia_sp.pdf)) hay alusión a que podía estar cometándose genocidio, a lo que no dio luego seguimiento. Mi tratamiento del caso colombiano figura en la versión impresa en dicho volumen, no en la publicada por las Naciones Unidas.

116. D. Weissbrodt y M. Kruger, «Human Rights Responsibilities of Business as Non-State Actors», en P. Alston (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 315-349; A. Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, pp. 76-80 y 195-270 (con ulterior información y diverso tratamiento sobre los documentos aquí vistos con anterioridad a *Proteger, Respetar, Remediar*); L. Segerlund, *Making Corporate Social Responsibility a Global Concern: New Construction in a Globalizing World*, Londres, Routledge, 2010; D. Reed, P. Utting y A. Mukherjee-Reed (eds.), *Business Regulation and Non-State Actors: Whose Standards? Whose Development?*, Londres, Routledge, 2012.

117. J. G. Ruggie, «Business and Human Rights»; D. Weissbrodt, «International Standard-Setting».

do un escenario que sigue seriamente afectando a los derechos de los pueblos indígenas y sus garantías<sup>118</sup>. A estos mismos efectos, el paradigma Ruggie resulta insuficiente, pues no cubre el flanco del registro de los derechos de los pueblos indígenas neutralizándose al tiempo sus garantías, como la del consentimiento, no ignorándose, por supuesto, los derechos sustantivos en el caso del relator Anaya<sup>119</sup>.

Hay todavía una diferencia entre los dos tenores respecto a los pueblos indígenas. Ruggie ignora derechos, mientras que Anaya afirma derechos y relaja garantías. Con esto, su respaldo al Marco y los Principios de *Proteger, Respetar, Remediar* les imprime una plausibilidad de cara a los pueblos indígenas de la que por sí solos originalmente carecerían. La sintonía del dueto es lo que puede imprimir operatividad al Marco y a los Principios por encima y a pesar de las garantías de los derechos de los pueblos indígenas acuñadas por el propio derecho internacional<sup>120</sup>. A

118. [www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/7374](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/7374): Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Directrices sobre las Cuestiones relativas a los Pueblos indígenas*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2009, que se ha reeditado desatendiendo la rectificación requerida por el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. La OIT forma parte del Grupo para el Desarrollo y se ha mostrado activa en el intento de devaluar la DDPI. El PNUD contribuye con políticas y con teorías; modifica las medidas del *desarrollo*, como desarrollo *humano*, que no acaban de adoptar un enfoque consecuente de derechos, y aún menos de derechos de pueblos sin Estados, por no reducirse a indicadores económicos; también impulsa la categoría de *governance* o gobernanza que ha sido acuñada en medios del WB y que, si algo aporta, es el desplazamiento solapado de los derechos como base común del derecho internacional y del doméstico. Para exposiciones propagandísticas: R. Jolly, L. Emmerij, D. Ghai y F. Lapeyre, *UN Contributions to Development Thinking and Practice*, Bloomington, Indiana University Press, 2004; C. N. Murphy, *The United Nations Development Programme: A Better Way?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; el primero pertenece a una serie de las propias Naciones Unidas, el United Nations Intellectual History Project, y el segundo está financiado por el propio PNUD. Confróntese C. Offe, «Governance, an ‘Empty Signifier’?»: *Constellations. An International Journal of Critical and Democratic Theory*, 16-4 (2009), pp. 550-562. Que gobernanza se ha inventado para postergar derechos no es en definitiva ningún misterio: D. Kennedy, «The Mystery of Global Governance», en J. L. Dunoff y J. P. Trachtman (eds.), *Ruling the World?*, pp. 37-68, apadrinándolo sin reservas.

119. [unsr.jamesanaya.org/docs/countries/2009\\_report\\_chile\\_sp.pdf](http://unsr.jamesanaya.org/docs/countries/2009_report_chile_sp.pdf), Apéndice I, Informe sobre *consulta*, a propósito de una fallida reforma constitucional en Chile, en el que, sin base normativa, reduce la garantía de consentimiento a *derecho de veto* para denegarlo, a lo que se añade un énfasis en la conveniencia de una relación de *partnership* mediante participación en beneficios empresariales como si pudiera ser razón para el consentimiento. No hay que decir que Ruggie no toma en consideración ni siquiera la consulta.

120. Para recientes introducciones a una situación significativa como la peruana, donde viene cobrando fuerza de posición oficial sustancialmente, aunque así no se presente, el paradigma Ruggie en su versión Anaya, M. Benavides, «Industrias extractivas, protesta indígena y consulta en la Amazonía peruana»: *Anthropologica. Revista del Departamento de Ciencias Sociales* (Pontificia Universidad Católica del Perú), 28/1 (2010), *Industrias extractivas y sociedad rural*, pp. 263-287; J. Aroca Medina, «El dilema de los pueblos indígenas frente a las industrias extractivas»: *Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas*

este respecto, la relatoría sobre derechos humanos y empresas, si puede funcionar, será gracias a la relatoría sobre derechos de los pueblos indígenas. Esto juegos de prestidigitación no son extraños en el derecho internacional con sus movimientos descompensados entre derechos humanos y poderes globales.

### 6. *Segundas reflexiones interlocutorias: Responsabilidades y obligaciones; dogmática, políticas y derecho*

«He elegido la voz *responsabilidad* en lugar de *deber* porque la mayor parte del derecho internacional no se aplica directamente a las empresas», manifiesta John Ruggie en una reciente entrevista<sup>121</sup>. Es el punto de partida del Pacto Mundial o *Global Compact* y, ahora, del Marco y los Principios para *Proteger, Respetar, Remediar* que han rehabilitado la regla anterior a los derechos humanos de que solo los Estados son sujetos de derecho internacional cuando hoy, gracias a los derechos humanos, lo somos todos los individuos y además, junto a los Estados, los pueblos indígenas, muy dudosa y condicionadamente, si acaso, las empresas<sup>122</sup>.

*Ambientales*, 1-1 (2011), pp. 175-195; A. Chirif, *Pueblos indígenas amazónicos e industrias extractivas*, Lima, Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica-Comisión Episcopal de Acción Social, 2011.

121. *Business Ethics. The Magazine of Corporate Responsibility*, entrevista con John Ruggie, octubre 2011: [business-ethics.com/2011/10/30/8127-un-principles-on-business-and-human-rights-interview-with-john-](http://business-ethics.com/2011/10/30/8127-un-principles-on-business-and-human-rights-interview-with-john-). Véase también su prólogo a un volumen de la referida serie de autopromoción United Nations Intellectual History Project: T. G. Weiss y R. Thakur, *Global Governance and the UN: An Unfinished Journey*, Bloomington, Indiana University Press, 2010, pp. xv-xx, insistiendo en la imagen del orden internacional vinculante como algo de carácter intergubernamental sin alcance directo a actores como las empresas, salvo en lo que respecta al acceso a litigiosidad en defensa propia y a iniciativas de compromisos voluntarios. A dicha misma serie pertenece T. Sagafinejad y J. H. Dunning, *The UN and Transnational Corporations: From Code of Conduct to Global Compact*, Bloomington, Indiana University Press, 2008. La posibilidad de que la *corporate responsibility*, responsabilidad autónoma de las empresas, se plantee en términos de *corporate accountability*, vinculación normativa a derechos, no entra en el horizonte ni de Ruggie ni de aquella revista ni de esta empresa editorial de Naciones Unidas.

122. P. Dumberry, «L'entreprise, sujet de droit international? Retour sur la question à la lumière des développements récents du droit international des investissements»: *Revue Générale de Droit Internationale Public*, 108-1 (2004), pp. 103-122, aceptándolo limitada y condicionadamente. Aunque actores de políticas y sujetos de derechos no sean lo mismo, títulos renovadores como el de A. Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, siguen alimentando, por el prefijo de negación que ya es una expresión hecha, el estereotipo del Estado como sujeto por excelencia del derecho internacional, tal y como si el resto hubiera de ser por ahora y siempre excepcional. La literatura sobre *non-State actors*, inclusive la obra de Andrew Clapham, no suele incluir a los pueblos indígenas en cuanto tales como actores internacionales que también son con logros como el del pulso durante años por la DDPI (A. Boyle y C. Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 48-50; A. Eide, «Los pueblos indígenas, el

Antes que las empresas, lo soy yo mismo. Como sujeto internacional de derechos humanos, ¿tengo solo la responsabilidad y no el deber de respetarlos de cara a todo el resto de la humanidad? Si cuento con capacidad y me dedico a actividades que desbordan a los Estados atropellando derechos humanos, ¿no se me deberá someter, en la medida que así sea, a mecanismos internacionales? Pongamos que se trate de empresa transnacional afectando a pueblo indígena, en cuyo caso no admitir otra posibilidad de protección de los correspondientes derechos que la de remitirse al Estado, ¿no equivale a enervar garantías sustrayéndoles la principal, la del derecho a la autonomía reconocido internacionalmente como forma de libre determinación con requerimiento consiguiente de consulta y consentimiento? Puesto ya a preguntar, ¿no es un mensaje de impunidad lo que se envía a las empresas transnacionales cuando desde las Naciones Unidas no se les requiere que afronten sus responsabilidades como las deberes estrictos que son, sino que, como hemos visto, se muestra comprensión ofreciéndoles generosamente asesoramiento como si no tuvieran capacidad y obligación de tener sus propios equipos legales para ajustar sus proyectos y actividades al derecho? Por lo demás, ¿qué sentido tiene distinguir en tal forma entre responsabilidad y deber u obligación? ¿No es la responsabilidad premisa y la obligación, corolario? En otro caso, ¿no resulta la invocación a la responsabilidad una forma de «ratificación retórica de la impunidad»?<sup>123</sup>.

Tampoco distingamos, para la reacción internacional, entre actividades transnacionales legales o ilegales, lícitas o ilícitas, según lo fuere la empresa. No sentemos presunciones salvo la de inocencia del individuo. Si atenta contra derechos humanos, es ilícita cualquier actividad de empresa por muy legal que sea esta<sup>124</sup>. La biopiratería global no es solo ni

Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas y la adopción de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas»).

123. La expresión pertenece a Sebastián Martín, compañero en la Universidad de Sevilla, quien, con sus notas de lectura de estas páginas, me ha prestado ayuda para una última revisión. Respecto a las obligaciones del Estado y las responsabilidades de las empresas, incidiendo tanto en la vertiente penal como en la civil, es valiosa, por sí misma y por situarse, con resolución e información, a contramano de las actuales tendencias relajantes, por no decir conniventes, la aportación citada de O. Martín-Ortega, *Empresas multinacionales y derechos humanos en el Derecho internacional*, aun con la limitación de considerar como sujetos de derechos afectados solo a individuos y no a pueblos sin Estados.

124. La distorsión del derecho internacional hoy en marcha con miras a la globalización mercantil está llegando al extremo de tratar la ilegalidad empresarial como alegadidad aceptable para una gobernanza internacional no centrada en derechos: F. Johns, «Performing Power: The Deal, Corporate Rule, and the Constitution of Global Legal Order», en S. Motha (ed.), *Democracy's Empire: Sovereignty, Law, and Violence*, Oxford, Blackwell, 2007, pp. 116-138 (= *Journal of Law and Society*, 34-1 [2007]). Para 2013, Cambridge University Press anuncia un volumen de la misma autora (F. Johns, *Non-Legality in International Law*) en el que, a los mismos efectos de aceptabilidad, el supuesto de la alega-

principalmente práctica de empresas ilegales. Si el mercado mismo puede intervenir por defensa de los derechos humanos frente a los Estados<sup>125</sup>, ¿por qué no cabe actuarse de igual modo frente a las empresas? La ilegitimidad nada ocasional de la legalidad empresarial suele hoy encubrirse con el mantra de un desarrollo que se entiende no depredatorio solo porque se le adjetive como sostenible y al que se le tiene por conforme a derechos solo porque se le califique como humano y además se le declare como constitutivo él mismo de derecho, el derecho al desarrollo, un derecho humano ciertamente, pero no a costa del sacrificio completo de otros derechos humanos o del conjunto de los derechos humanos de sectores determinados como el indígena<sup>126</sup>.

En 2011 se ha culminado en las Naciones Unidas un proceso que arrancó hace una década larga con el establecimiento del Pacto Mundial y con el rechazo de las Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Sustancialmente, usos retóricos aparte, el punto de llegada de las Naciones Unidas en 2011 es el punto de partida de la Organisation for Economic Cooperation and Development u Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD u OCDE) en 2000, un club exclusivo de Estados, con reserva rigurosa del derecho de admisión, que intenta establecer condiciones en defensa del mercado como valor prioritario no solo para sus miem-

alidad corporativa se asimila a otros tan paladinamente contrarios a derechos humanos como el asesinato selectivo y la tortura controlada en práctica por Estados como Israel, Rusia y los Estados Unidos.

125. A. E. Cassimatis, *Human Rights Related Trade Measures under International Law: The Legality of Trade Measures Imposed in Response to Violations of Human Rights Obligations under General International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007. En la entrevista referida, John Ruggie entiende que entre esa *mayor parte del derecho internacional* inaplicable directamente a las empresas se encuentra la de los derechos humanos con una excepción, la de obligación estricta ante el derecho internacional de no incurrir en graves violaciones de derechos humanos por crímenes contra la humanidad, un supuesto que Ruggie no es el único en soslayar precisamente respecto a pueblos indígenas (B. Clavero, *Genocide or Ethnocide, 1933-2007: How to Make, Unmake and Remake Law with Words*), aparte esto de que los Estados Unidos, cuyo derecho pone Ruggie de ejemplo, no reconocen la correspondiente jurisdicción penal internacional. Por lo pronto, las compañías estadounidenses transnacionales quedan exentas.

126. G. Rist, *The History of Development from Western Origins to Global Faith*, edición corregida y actualizada (Zed Books, 2008), Nueva Delhi, Academic Foundation, 2009, con tratamiento de dichas construcciones del PNUD, lo que es decir del referido Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, particularmente de la categoría de *desarrollo humano* (pp. 205-210); añádase C. A. Boyly, V. Rao, S. Szreter y M. Woolcock (eds.), *History, Historians and Development Policy: A necessary dialogue*, Mánchester, Manchester University Press, 2001. Contrástense, por ejemplo, D. Aguirre, *The Human Right to Development in a Globalized World*, Aldershot, Ashgate, 2008, o, para mayor contraste todavía, J. P. Chauffour, *The Power of Freedom: Uniting Development and Human Rights*, Washington, Cato Institute, 2009.

bros, sino también para el resto de la humanidad, dotado de unas *Guidelines for Multinational Enterprises*, Directrices para Empresas Multinacionales, que registran el respeto a los derechos humanos en términos precisamente de recomendaciones no vinculantes<sup>127</sup>. A estas alturas, en la edición de 2011, ya se encuentra introducida la referencia a derechos de los pueblos indígenas con la consiguiente falta de compromiso efectivo<sup>128</sup>. La OCDE no es una organización global, pero quiere tener un alcance global. Igual que la OMC, no guarda relación orgánica constitutiva ni sobrevenida con las Naciones Unidas. Comparten actualmente la pretensión de atenerse por adhesión voluntaria al derecho internacional de los derechos humanos, el mismo homenaje de la hipocresía a la virtud que ahora caracteriza al Marco y los Principios para *Proteger, Respetar, Remediar* de las Naciones Unidas.

La falacia común a las posiciones de la OMC, la OCDE y del Marco y los Principios para *Proteger, Respetar, Remediar* es la de confundir interesadamente entre ser miembro de las Naciones Unidas y contraer obligación con el derecho internacional de los derechos humanos que las mismas declaran; entre asumir el compromiso de garantizar estos derechos y estar vinculado a los mismos. Lo primero compete a los Estados; lo segundo alcanza a todas y todos, individuos y entidades de todo tipo, las empresas, naturalmente, no exclusive. Con tamaña falacia, está creándose en el mismísimo seno de las Naciones Unidas un régimen de exención a favor de intereses empresariales. Mejor sería decir, por supuesto, que se está intentado crear ese estado de excepción. Ni Principios del representante especial ni Informes del Relator Especial constituyen derecho. El Convenio de la OIT y la DDPI de las Naciones Unidas sí lo hacen. Estos y no aquellos son derecho. Aquí y no allí se tiene el régimen internacional de unos derechos de pueblos frente a unos intereses de empresas dado el caso usual de contraponerse y colisionar.

La cuestión está abierta. Tampoco es que vaya a resolverse entre tenores y por mayoría de dos contra uno, Ruggie y Anaya contra Weissbrodt. Por mucho que se tienda entre quienes tienen la voz cantante a operar como si la doctrina prevaleciese sobre el derecho habiendo de ser la primera la que imprima sentido al segundo y no a la inversa, por mucho que este supremacismo académico tenga hoy fuerza, las normas mismas

127. D. Weissbrodt y M. Kruger, «Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations», no dejan de colacionar estas *Guidelines* a los efectos comparativos que interesan; añádase A. Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, pp. 201-211. La OCDE, establecida como tal en 1961, procede de la Organización Europea para la Cooperación Económica, lo que significa que del Plan Marshall (1947). Intenta mejorar la imagen sobrevalorando el pasado R. Woodward, *The Organization for Economic Cooperation and Development*, Abingdon, Routledge, 2009.

128. [www.oecd.org/dataoecd/43/29/48004323.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/43/29/48004323.pdf).

resultan suficientes para desautorizarles (baste con recordar artículos citados como el 38 y el 42 de la DDPI). En cuanto a John Ruggie, si se repasa su obra iusinternacionalista, se advertirá cómo realmente pesan o se hacen empeñadamente pesar dogmas añejos, cual el de soberanía exclusiva de los Estados o cual el concomitante del valor normativo de los instrumentos internacionales de derechos humanos solo respecto a ellos y tan solo si son tratados suscritos por ellos. Tal es la base y tal es el escenario para el empeño por parte de Ruggie de incrustar el mercado global en el derecho internacional. De un mercado se trata que, por chocar fácilmente con derechos humanos, necesita del respaldo de los Estados y de las institucionales intergubernamentales. Es lo que Ruggie denomina *embedded liberalism* o, equivaliendo a efectos prácticos, *embedded market*, ese mercado incrustado con poderes internacionales propios entre Estados apoderados. Con la necesidad siempre del respaldo institucional, la agenda antepone negocio a derecho, los negocios a los derechos. Esta es la voz cantante ahora en las Naciones Unidas<sup>129</sup>.

No hace falta asumir la agenda de la incrustación del mercado en el derecho internacional para adoptar su corolario de neutralización de garantías internacionales de derechos humanos. Hemos tenido el ejemplo bien expresivo de las posiciones de James Anaya, también profesor universitario y actualmente relator especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Es la fuerza de la doctrina como forma de verdadero prejuicio. Se antepone y superpone al juicio, al juicio ante todo del propio derecho. ¿Qué vale entonces la evidencia de que tales no son los supuestos de un orden internacional de derechos humanos en general y de las garantías de los derechos de los pueblos indígenas en particular? Aunque no suela ya denominársele así y aunque haya medios jurídicos donde la expresión sea exótica, es la fuerza de la *dogmática*, de una dogmática procedente de tiempos anteriores al derecho internacional de los derechos humanos y que ahora se recicla con cierta continuidad de intereses económicos más que políticos. En tiempos de colonialismo abierto, los Estados podían ser agentes empresariales ellos mismos. En tiempos de colonialismo encubierto, son las empresas las que intentan poner a los Estados a su servicio, tanto por separado como conjuntados en las

129. John Ruggie propugna un multilateralismo no reducido a las Naciones Unidas que comprende la justificación del GATT, luego WTO (OMC), frente al intento de establecer la Organización Internacional del Comercio de las Naciones Unidas (J. Ruggie, *Constructing the World Polity: Essays on International Institutionalization*, Londres, Routledge, 1998, p. 75), y que se concreta en la agenda de *embedment* del mercado global como un *legitimate social purpose* del orden internacional: J. Ruggie (ed.), *Embedding Global Markets: An Enduring Challenge*, Aldershot, Ashgate, 2008. El dato más sintomático de la agenda no exactamente oculta ya está advertido: mientras que la expresión de las Naciones Unidas suele ser la de *derechos humanos y empresas*, el uso sistemático de Ruggie es el de *empresas y derechos humanos, business and human rights*, negocios y derechos humanos, por este orden.

Naciones Unidas, en una constelación de organizaciones internacionales que predica derechos humanos. Hablo de continuidad de colonialismo entre Estados y pueblos indígenas, no de neocolonialismo entre Estados poscolonialistas y poscolonizados<sup>130</sup>.

No todo se debe a las Naciones Unidas en su vertiente, que fuera fundacional, de agencia de mantenimiento de colonialismo. La doctrina ius-internacionalista, esta dogmática, contribuye. La dogmática se caracteriza por no construir el estado normativo actual partiendo de las novedades, sino por neutralizarlas a partir de la ficción rampante de prejuicios establecidos en forma de paradigma. Sé que la subordinación del acto normativo a la doctrina o jurisprudencia establecida cuenta con solera en medios jurídicos de tradición británica, pero porque esta tradición no había experimentado y se resistía a admitir intervenciones legislativas de alcance constituyente. Luego se han sumado las pretensiones científicas de la doctrina jurídica sobre el derecho establecido. El caso es que el comportamiento prepotente ha resistido e incluso se ha fortalecido en tiempos precisamente de constitucionalismo<sup>131</sup>.

Hoy, tal modo de actuar de la doctrina frente al derecho tiende a imperar en las propias Naciones Unidas por vía, más que de diplomacia, de comités de expertas y expertos afectando a derechos humanos. Contribuye la misma Oficina del Alto Comisionado (hoy Alta Comisionada) para los Derechos Humanos, una oficina llevada por gentes expertas<sup>132</sup>. No es

130. L. Frech y M. Manzanárez, *NAFTA and Neocolonialism: Comparative Criminal, Human and Social Justice*, Lanham, University Press of America, 2004 (NAFTA: *North American Free Trade Agreement* o Tratado de Libre Comercio de América del Norte, esto es, Canadá, Estados Unidos y México, TLCO para la sigla del español), tomándose en cuenta la presencia de pueblos indígenas. La política de tratados de libre comercio se sitúa en la línea de la OMC y, en general, del multilateralismo no reducido a las Naciones Unidas.

131. A. C. Hutchinson, *The Province of Jurisprudence Democratized*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 2: «El presente libro contribuye al desenvolvimiento de la tendencia a poner en evidencia el sucio secretito de que la actual doctrina jurídica (*jurisprudence*) se sitúa a la contra de las demandas desatendidas de un proyecto democrático sin concesiones», el proyecto de los derechos que comprende democracia sin agotarse en ella, potenciándola más allá de la representación y la responsabilidad. El término de referencia es, por supuesto, J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, 1832 (edición de S. Austin, su viuda, 1861, disponible en google-books), pero la exposición dilata el campo de la doctrina analizada.

132. [www2.ohchr.org/spanish/law/index.htm](http://www2.ohchr.org/spanish/law/index.htm), donde ya hemos acusado el detalle de que la DDPI se recluya en un apartado junto a los *Derechos de las minorías* y no se incluya en la sección del *Derecho a la libre determinación*. La dicotomía dogmática entre pueblos-estados y minorías-pueblos indígenas opera, degradando la DDPI, prácticamente por todo el sistema de Naciones Unidas, no solo por sus instancias intergubernamentales. Hay quienes se niegan a distinguir a los pueblos indígenas como sujetos de derecho internacional, diga lo que diga el propio derecho internacional, con los peregrinos argumentos de que así lo que se produce es discriminación de las minorías y de que estas, en espacios como el europeo, se cualifican mejor a efectos constitucionales que los pueblos indígenas por doquier: W. Kymlicka, *Multicultural Odysseys: Navigating the New International Po-*

toy con todo esto planteando el asunto del desarrollo o de la suplencia de derecho por la doctrina, sino el de la suplantación del uno por la otra. Contribuir, incluso decisivamente, a lo primero no previene de poderse incurrir en lo segundo<sup>133</sup>. En la dogmática iusinternacionalista se conserva más viva la mentalidad supremacista de una cultura sobre otras y de la doctrina misma sobre el derecho, fuertemente vinculados ambos rasgos, sin disposición alguna, con todo, a cobrar conciencia de las limitaciones de la propia localización cultural de raigambre colonial<sup>134</sup>.

Respecto al derecho internacional de los derechos humanos, pórtico para la suplantación es el argumento visto que lo caracteriza como no derecho a efectos prácticos, como *soft law* o derecho débil contrapuesto a *hard law* o derecho fuerte, a derecho propiamente dicho o en rigor, con lo cual se abre el espacio para superponer interpretaciones complacientes con poderes e intereses, interpretaciones que no responden al tenor de las propias normas. El ejemplo más elocuente resulta el de la recepción prácticamente nugatoria de la DDPI. Repárese además en la descompensación del juego entre derecho débil y derecho fuerte cuando opera en el ámbito internacional a favor de la discrecionalidad de unos sujetos y no de otros, así de los Estados y de las empresas transnacionales, no

*litics of Diversity*, Oxford, Oxford University Press, 2007; «The Internationalization of Minority Rights»: *International Journal of Constitutional Law*, 6-1 (2008), pp. 1-32. Que *minoría* sea una categoría del tracto colonial enquistada en el derecho internacional con efectos por sí misma discriminatorios de los grupos humanos a los que se aplica no es cuestionamiento que quepa en una perspectiva multicultural que sigue siendo de Estados.

133. En el caso de los comités de tratados de derechos humanos, tiende a destacarse más el desarrollo que, llegado el caso, la suplantación; así, interesando a pueblos indígenas, D. McGoldrick, *Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, edición actualizada, Oxford, Clarendon, 2004. El Comité de Derechos Humanos se resiste ahora a hacerse cargo del giro marcado por la DDPI respecto a derechos sobre los que tiene sin género de dudas competencia. El Apéndice II de este capítulo incide en la tarea de los comités de derechos humanos.

134. Ahora, para lo primero, lo del desarrollo o lo de la suplencia, *Quaderni Fiorentini*, 40 (2011), *Giudici e Giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, interesando también de los mismos *Quaderni*, 33-34 (2004-2005), *L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento*, para lo que abrió camino P. Grossi (ed.), *Giuristi e Legislatori. Pensiero giuridico e innivazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, Milán, Giuffrè, 1997. Lo segundo, lo de la suplantación, con todo cuanto afecta al derecho internacional, está por estudiar o incluso por identificar como tal, pero véanse M. Koskeniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004; A. Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005; O. Yasuaki, *A Transcivilizational Perspective on International Law*, La Haya, Academy of International Law, 2010 (= *Recueil des Cours*, 342, 2009, pp. 77-418). Y, para la suplantación, recuérdese A. C. Hutchinson, *The Province of Jurisprudence Democratized*. La hipoteca de la localización cultural de una doctrina que se pretende global también es asunto que está no solo por estudiar, sino incluso por identificar en cuanto que problema tanto historiográfico como jurídico.

en cambio, en caso alguno, de los pueblos indígenas. Porque dicha distinción esté en boga y sea válida a algunos otros efectos, no vamos a ignorar que su empleo comienza por afectar negativamente al derecho internacional de los derechos humanos<sup>135</sup>. Desde posiciones de *soft law* se están eviscerando incluso los mandatos más imperativos del derecho internacional de los derechos humanos, como sea el caso del artículo 42 citado de la DDPI. No se trata, por supuesto, de una consecuencia automática, pues median la libertad y la responsabilidad de la doctrina<sup>136</sup>.

En este escenario, los pueblos indígenas están pugnando no solo sobre el propio terreno, sino también con los Estados y por los mismos ámbitos internacionales, intergubernamentales o no<sup>137</sup>, aun sin contar con instancias que realmente les representen en todo el despliegue de la constelación de las Naciones Unidas. Las hay abiertas a participación, ninguna basada en representación estricta salvo la de los Estados. Naciones Unidas sigue siendo constitutivamente intergubernamental. Es organización formada por Estados y con peso creciente de intereses económicos transnacionales convertidos con todo en poderes globales. Por si fuera poco, los pueblos indígenas se encuentran con que también han de pugnar con expertos y expertas internacionales comprometidos con la defensa de intereses empresariales invocando de continuo y en vano los derechos humanos no raramente además en nombre de los mismos, tal y como si tuvieran la representación de una ciudadanía global, la *ciudadanía corporativa* cual estado formal de transnacionalidad que postula el Pacto Mundial, una ocurrencia que, al igual que la de responsabilidad social, cosecha éxito, desde luego, entre los mismos medios de intereses em-

135. N. Bayne, «Hard and Soft Law in International Institutions: Complements, Not Alternatives», en J. J. Kirton y M. J. Trebilcock (eds.), *Hard Choices, Soft Law: Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance*, Aldershot, Ashgate, 2004, pp. 347-352. Respecto a los intereses empresariales, en vez de cuestionarse la categoría misma de la desregulación con nombre de derecho, de derecho débil, la última crisis financiera internacional quiere saldarse con su reciclamiento: C. Brummer, *Soft Law and the Global Financial Crisis: Rule Making in the 21<sup>st</sup> Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

136. L. Rodríguez Piñero, «La ‘implementación’ de la Declaración: Las implicaciones del artículo 42», con el debate que mantuvimos, como está dicho; con el mismo término en boga de *implementación* (de políticas discrecionales se entiende) se rehúye el más propio de *aplicación* (de derecho estricto). Las versiones del *soft law* no adversas al valor normativo de los derechos se plantean desde el ámbito menos problemático del Estado constitucional con apertura a órdenes tanto internacionales como no estatales: G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* [1992], Madrid, Trotta, <sup>10</sup>2011.

137. [www.gobernabilidaddemocratica-pnud.org/archivos/ponencia\\_indigenas\\_e\\_industrias\\_extractivas.pdf](http://www.gobernabilidaddemocratica-pnud.org/archivos/ponencia_indigenas_e_industrias_extractivas.pdf), por ejemplo: Caucus de Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe, *Seguimiento de Recomendaciones sobre los Pueblos Indígenas y las Industrias Extractivas del Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas*, 2011. Para el planteamiento de una Red Global de Pueblos Indígenas e Industrias Extractivas: [www.escr-net.org/news/news\\_show.htm?doc\\_id=871981&attribLang\\_id=13441](http://www.escr-net.org/news/news_show.htm?doc_id=871981&attribLang_id=13441).

presariales<sup>138</sup>. Bajo unos bonitos conceptos se encubre la evasión corporativa de la vinculación común a ordenamiento y, más particularmente, a las garantías de derechos, lo que no figura, aunque se pregone, entre las prioridades<sup>139</sup>. Igualmente se vela el modo de erigir subrepticamente a empresas transnacionales a la posición de sujetos del orden internacional en el marco del Pacto Mundial, lo que es en el seno de las Naciones Unidas, suplantando y defraudando a otros, como a los pueblos indígenas. Son políticas que la propia organización internacional acoge y fomenta.

¿Es este, el de suplantación y defraudación, el modelo de *asesoramiento* encarecido desde instancias de las Naciones Unidas competentes en materia indígena? No necesariamente, desde luego. Hay ejemplos a la vista en tal dirección<sup>140</sup>, pero no tienen por qué marcar la pauta. En todo caso, ese es el mensaje que reciben las empresas sin verse contradichas por pregonarlo en forma incluso de propaganda comercial<sup>141</sup>. Por su parte,

138. A. G. Scherer y G. Palazzo (eds.), *Handbook of Research on Global Corporate Citizenship*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008; J. Conill, C. Luetge y T. Shönwälder-Kuntze (eds.), *Corporate Citizenship, Contractarianism and Ethical Theory: On Philosophical Foundations of Business Ethics*, Farnham, Ashgate, 2008; I. Pies y P. Koslowski (eds.), *Corporate Citizenship and New Governance: The Political Role of Corporations*, Dordrecht, Springer, 2011.

139. N. Hertz, *The Silent Takeover: Global Capitalism and the Death of Democracy*, Nueva York, The Free Press, 2001; J. Hernández Zubizarreta y P. Ramiro (eds.), *El negocio de la responsabilidad. Crítica de la Responsabilidad Social Corporativa de las empresas transnacionales*, Barcelona, Icaria, 2009; A. Teitelbaum, *La armadura del capitalismo*, pp. 237-268; T. Christensen, M. Morsing y O. Thysen, «The Polyphony of Corporate Social Responsibility: Deconstructing Accountability and Transparency in the Context of Identity and Hypocrisy», en G. Cheney, S. May y D. Munshi (eds.), *The Handbook of Communication Ethics*, Nueva York, Routledge, 2011, pp. 457-473. Lo dicho puede fácilmente comprobarse, si es que hiciera todavía falta, en el sitio del Center for Corporate Citizenship del Boston College, en el que la prioridad neta es sencillamente la de ofrecer una plataforma de incremento de negocios mediante la *ciudadanía corporativa*, ciudadanía de las empresas mismas: [www.bccccc.net](http://www.bccccc.net).

140. R. Mares, el autor de «Defining the limits of corporate responsibilities against the concept of legal positive obligations» y de «Business and Human Rights after Ruggie», y editor de *Business and Human Rights: A Compilation of Documents* y de *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundations and Implementation*, uno de los principales voceros de *Protect, Respect, Remedy*, ha sido asesor de compañías mineras operantes en el Perú en los tiempos de las políticas más agresivas contra los derechos de los pueblos indígenas de la Amazonía, entre 2008 y 2009, considerándolo además como un dato positivo para su currículo: [www.rwi.lu.se/institute/staff/cv/rmcv.pdf](http://www.rwi.lu.se/institute/staff/cv/rmcv.pdf).

141. Véase el ejemplo de General Electric mediante su buscador: [www.ge.com/search/index.jsp](http://www.ge.com/search/index.jsp). La entrada de la entrevista citada con Ruggie se congratula de la buena acogida de su trabajo por empresas transnacionales significadas, comenzándose por Coca-Cola y prosiguiéndose por General Electric. Tras su paso por las Naciones Unidas, John Ruggie ha sido contratado por un bufete transnacional con fuerte carga de intereses empresariales ([www.foleyhoag.com](http://www.foleyhoag.com)). El papel de los despachos transnacionales como empresas con capacidad de crear al fin y al cabo derecho (*Non-State Standard Setters*) merecería también aten-

para fortalecerlo, John Ruggie, como está visto, viene presentando una visión del derecho internacional que incrusta los intereses empresariales bien vivos en un cuadro obsoleto de prevalencia de Estados<sup>142</sup>. Por la suya, las Naciones Unidas y los mismos Estados por separado se muestran conniventes. Estos, los Estados, siguen asumiendo mediante el voto o mediante la ratificación, instrumentos internacionales de derechos humanos con reservas implícitas compartidas en la práctica por las mismas Naciones Unidas. Baste, sin ir más lejos, el ejemplo de la DDPI. Para defraudar sus promesas, por mucho que pretenda atenderse a niveles de políticas ordinarias, basta con la impasibilidad habitual de las constituciones de Estados ante compromisos internacionales que alcanzan al orden constitucional. Las instancias de Naciones Unidas y especialmente las agencias de desarrollo suelen aplaudir, dado el caso, esas políticas ordinarias sin suscitar cuestión respecto a la inadecuación de un orden constitucional de valor normativo superior dentro de los Estados, como tampoco en relación al propio derecho internacional de derechos humanos en la medida en que plantean retos constituyentes a los Estados<sup>143</sup>. Y no hay me-

ción: Y. Dezalay y B. G. Garth (eds.), *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, Nueva York, Routledge, 2011.

142. Para otra imagen, O. Wæver, «John G. Ruggie: transformation and institutionalization», en Iver B. Neumann y O. Wæver (eds.), *The Future of International Relations: Masters in the Making*, Londres, Routledge, 1997, pp. 170-204; A. Lang, «Reconstructing Embedded Liberalism: John Gerard Ruggie and Constructivist Approaches to the Study of the International Trade Regime», en J. G. Ruggie (ed.), *Embedding Global Markets*, pp. 13-45. Hay casos en los que se hace difícil mantener la presunción de buena fe que se debe estrictamente a las personas individuales (extenderla sin más a los Estados, a las empresas o a las mismas Naciones Unidas es un estorbo serio para los debidos controles de constitucionalidad, garantías y rendición de cuentas). John Ruggie, pese a la denominación susodicha de sus tareas docentes, habrá de convenirse en que, al contrario que James Anaya, ni siquiera se encontraba por su trayectoria claramente cualificado para confiarse derechos humanos. En todo caso, ambos operan, como se habrá apreciado, presumiendo buena fe de las empresas, de los Estados y de las propias Naciones Unidas, no tanto, significativamente, de los pueblos sin Estados.

143. Es justo consignar de nuevo los casos, en América Latina, de las actuales constituciones del Ecuador y de Bolivia, de 2008 y 2009, conformándose con la DDPI, aunque luego son los respectivos gobiernos los que tienden a seguir operando sobre las reservas implícitas: B. Clavero, «Estado plurinacional. Aproximación a un nuevo paradigma constitucional americano», en A. Luna, J. Mijangos y R. Rojas (eds.), *De Cádiz al siglo XXI. Doscientos años de constitucionalismo en Hispanoamérica, 1812-2012*, México, Taurus-CIDE, 2012, pp. 421-453; «Tribunal Constitucional en Estado Plurinacional: El reto constituyente de Bolivia»: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 94 (2012), pp. 29-60. Para algunos otros casos constitucionales en la región, inclusive los del constitucionalismo precedente en Ecuador y en Bolivia, B. Clavero, *Geografía jurídica de América Latina. Pueblos indígenas entre Constituciones mestizas*, México, Siglo XXI, 2008, y capítulos suplementarios accesibles en [www.derecho.us.es/clavero/geografia.pdf](http://www.derecho.us.es/clavero/geografia.pdf). Lo de las instancias internacionales lo digo por mi experiencia como miembro del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Cabe comprobarse sin mayor problema entre los materiales de su sitio web citado. De la aportación al derecho internacional de los derechos humanos por parte de las

canismos en las Naciones Unidas para corregir desviaciones tales entre políticas y derecho, entre las políticas y el derecho de la propia organización internacional.

El tiempo importa. En otra época, en tiempos de un derecho internacional abiertamente colonial, antes, por ejemplo, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, tales políticas de Estado hubieran tenido un valor superior. Antes, por ejemplo, de la propuesta de las Normas sobre la Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos por parte de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, el Marco y los Principios para *Proteger, Respetar, Remediar* hubieran podido tener un valor del que hoy carecen. Después de la DDPI, su valencia solo puede ser netamente negativa. Para una valoración positiva ha de hacerse abstracción de la propia historia. Dicho de otra forma, ha de ocultarse información. La historia de presente la recupera para cobrar conciencia.

Tal y como están las cosas, alguna conclusión al menos vamos logrando. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tienen, por supuesto, las responsabilidades definidas en el Marco y los Principios para *Proteger, Respetar, Remediar*, quién lo duda, pero no con las implicaciones que ahí, en esos informes, se presumen. Respecto a los pueblos indígenas, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tienen además las obligaciones establecidas en el derecho internacional de los derechos humanos, esto es al respecto la DDPI, la Declaración que las instancias específicas de las Naciones Unidas —Foro Permanente, Mecanismos de Expertos y Relator Especial— deben hacer valer frente a la operación del Marco y los Principios atentatoria contra derechos no solo de los pueblos indígenas.

Frente a confusión, Declaración, la DDPI por supuesto. Frente a suplantación, derecho, no su tergiversación por intérpretes. Ciertamente es que el desorden internacional y los desórdenes locales no están incomunicados entre sí; que el orden internacional es un universo tan conflictivo como el del orden doméstico; que el derecho internacional no puede suplir las deficiencias de los ordenamientos de Estados. Puede asistir desde luego, sobre todo si el derecho internacional de los derechos humanos lo hacen suyo sus sujetos reconocidos, los pueblos indígenas tras la DDPI en el caso. La confusión es en definitiva superable, pero no sin los pueblos.

constituciones ecuatoriana y boliviana interesando a nuestros efectos actuales me ocupó en el Apéndice I de este capítulo.

## IV. CONCLUSIONES

1. *Constitucionalismo y transnacionalidad; constituyencia y paradigma*

¿Hay un constitucionalismo internacional rigiendo el despliegue de derechos y poderes que venimos contemplando? Lo visto tan solo es una cíclica muestra de toda la constelación de instituciones que hoy forman las Naciones Unidas y otras organizaciones concurrentes en un ámbito internacional presuntamente sujeto a ordenamiento jurídico, pero puede que sea una muestra, si no representativa, al menos significativa. Naciones Unidas no abarca todo el entramado de orden internacional, pero constituye indudablemente el astro rey de este firmamento. He ahí entonces las preguntas. ¿Tiene Naciones Unidas Constitución, una constitución que además abarque el orden internacional? ¿Puede plantearse un constitucionalismo de derechos global al tiempo que se enquistan, reproducen e incluso fortalecen poderes del colonialismo en el derecho internacional?

Son preguntas que guardan una estrecha relación desde que la primera no se formula en el sentido de que Naciones Unidas cuente o no cuente con normas que la funden y rijan, sino en el de si tenga o no tenga un ordenamiento que defina principios y establezca a su luz instituciones, unos principios que solo pueden ser de derechos y unas instituciones que han de mirar al objetivo de promocionarlos y garantizarlos si es que estamos hablando realmente de constitucionalismo. Si tratamos de constitucionalismo, los principios han de ser registros de derechos a los que sirvan las instituciones<sup>144</sup>. Lo reitero porque sigue imperando la mentalidad de que las exigencias constitucionales se tienen con los Estados por separado, no con sus asociaciones, como con la mayor de todas, las Naciones Unidas, donde poderes globales se ejercen por Estados reunidos, los Estados mismos al cabo pudiendo actuar sin ajustarse a los respectivos controles internos.

Así concretada la pregunta sobre un constitucionalismo internacional, parece excesiva, no digo que improcedente. Es ciertamente prematura, más propia de la siempre problemática prospección jurídica que de la historia del derecho por muy de presente que esta sea<sup>145</sup>. El constitu-

144. Una concepción más dilatada de *constitución* como base o estructura normativas permite el acercamiento de *lo internacional* a *lo constitucional* y facilita sin duda la consideración de normas internacionales como normas *constitucionales*: B. Fassbender, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, pp. 52-76 y 159-172.

145. U. K. Preuss, *Disconnecting Constitutions from Statehood*, p. 25: «Parece que la noción de constitucionalismo como patrón del ordenamiento solo es significativa para el interior de los Estados, resultando entonces que cualquiera concepción de un orden

cionalismo global integrado no está a la vista ni, por ahora, se lo espera, pero, con esto y todo, la constitucionalización internacional es un imperativo indeclinable desde que los derechos humanos son parte integrante, aunque no sea fundacional, del derecho internacional<sup>146</sup>. Cuando sea fundacional, podrá haber constitucionalismo internacional. Constitucionalismo global en rigor no puede haberlo mientras persista alguna forma de colonialismo de vocación no menos globalizante como la de empresas transnacionales frente a pueblos indígenas y al conjunto de la humanidad, frente a los derechos humanos y sus garantías en suma. No habrá integración entre constitucionalismos de diversos niveles aunque a estas alturas, por virtud precisamente de los derechos, ya no haya Constitución que opere en solitario<sup>147</sup>. En el *interim*, tampoco deje de

constitucional más allá de los Estados, y no digamos de una constitución global, es vano de raíz», bien que apreciando luego elementos incipientes o embriones de una comunidad internacional constitucional por efecto de la relativa desterritorialización y transfronterización del derecho, de la responsabilidad política y de la acción ciudadana en curso. Donde los más visionarios contemplan un constitucionalismo tan supraestatal como de alcance incluso global, lo que otros observan es el desbordamiento del constitucionalismo: N. Krisch, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010. Para propuestas y debates sobre alternativas al constitucionalismo en la integración de órdenes plurales, C. Joerges, I. J. Sand y G. Teubner (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Portland, Hart, 2004. Para la reconducción de la problemática hacia el pluralismo del constitucionalismo de derechos mismo: G. W. Anderson, *Constitutional Rights after Globalization*, Portland, Hart, 2005. Sobre limitaciones culturales específicas de la matriz europea, B. Clavero, «¿Constitucionalismo multicultural europeo para un mundo pluriverso?»: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 88 (2010), pp. 373-380.

146. G. Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, cap. 5: «Transnational Fundamental Rights: Horizontal Effect», como elemento relevante para la formación de un *constitucionalismo societario*, más que institucional, que pueda ser un constitucionalismo internacional con capacidad para superar la actual fragmentación. Debate y rechaza este planteamiento T. Vesting, «Constitutionalism or Legal Theory: Comments on Gunther Teubner», en C. Joerges, I. J. Sand y G. Teubner (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, pp. 29-39. Por mi parte, el riesgo que veo en categorías laxas como la de *constitucionalismo societario* es que crean un escenario en el que limpiamente, por vía de sociedad civil junto a las organizaciones no gubernamentales (G. Teubner, *Constitutional Fragments*, pp. 56-58), se cuele el contrabando de la *ciudadanía corporativa* con todas sus implicaciones nada constitucionales por adversas para con los derechos: L. C. Backer, «Transnational Corporate Constitutionalism: The UN Global Compact, the OECD Guidelines for Multinational Enterprises and the Emergence of a Constitutional Order for Economic Enterprises, contribución a The Constitutionalization of the Global Corporate Sphere?», Copenhagen Business School, 2009, disponible el *paper* en internet: [lbackerblog.blogspot.com/2009/09/transnational-corporate.html](http://lbackerblog.blogspot.com/2009/09/transnational-corporate.html).

147. R. Bustos Gisbert, *La Constitución red. Un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2005. En la Fundación Coloquio Jurídico Europeo donde estas páginas, como está dicho, fueron debatidas, se encareció el diálogo institucional entre tribunales superiores de Estado y jurisdicciones supraestatales de *derechos humanos* como cauce de integración constitucional. Por mi parte aduje que esto puede operar en espacios regionales, como el interamericano o el europeo, pero

observarse el reverso. La globalización, con derechos humanos y todo, puede que esté debilitando el constitucionalismo en su integridad, especialmente el estatal, por la prevalencia comprobada de su dimensión económica. El mercado global autorregulado bloquea posibilidades de promoción de derechos<sup>148</sup>.

En tal contexto, los derechos humanos, derechos que, desde la DDPI, ya cabe que sean universales, derechos con los que han de sintonizar los de las constituciones de Estados, pugnan por el constitucionalismo y contra el colonialismo, mas carecen de una base apropiada y suficiente en los diversos niveles como para impulsar un proceso de integración constitucional entre ámbitos internacional y estatal, aunque solo fuera esto, pues también habría de contarse entonces con pueblos sin Estados. El propio constitucionalismo europeo difícilmente puede decirse que merezca en rigor el nombre y más difícilmente todavía que esté en proceso de franca integración con los constitucionalismos de los Estados interesados<sup>149</sup>. Los derechos mismos no pueden sustentar un sistema constitucional integrándose hacia la escala global en las condiciones de persistencia solapada de colonialismo y de secuelas que afectan no solo a los Estados poscolonizados, sino también a los poscolonialistas. Las visiones usua-

que más difícilmente cabe que lo haga a escala global por la falta de autoridad judicial del sistema de comités de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas, y por las limitaciones de acceso y de competencia de las Cortes radicadas en La Haya, la Internacional de Justicia y la Penal Internacional. Con algo de exceso a mi entender, Juan Antonio Xiol, magistrado del Tribunal Supremo, presentó ese diálogo judicial como forma de *constitucionalismo participativo*. Para un caso de *democracia deliberativa* con participación ciudadana en sede judicial de Estado y cierta influencia doctrinal, no tanto jurisprudencial, por América Latina, C. Rodríguez Garavito y D. Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, DeJusticia, 2010.

148. H. W. Arthurs, «Governing the Canadian State: The Constitution in an Era of Globalization, Neo-Liberalism, Populism, Decentralization and Judicial Activism»: *Constitutional Forum / Forum Constitutionnel*, 13-1 (2003), pp. 16-23, fábula que, sin necesidad de nombrarnos, habla también de nosotros, de los Estados europeos. Para el caso, más constructivamente, S. Clarkson y S. Wood, *A Perilous Imbalance: The Globalization of Canadian Law and Governance*, Vancouver, UBC, 2010. Aun situándose en un pluralismo jurídico con espacio indígena, H. W. Arthurs centra su preocupación en el impacto negativo sobre las relaciones laborales: Michel Coutou, «Industrial Citizenship, Human Rights and the Transformation of Labour Law: A Critical Assessment of Harry Arthurs' Legalization Thesis»: *Canadian Journal of Law and Society / Revue Canadienne Droit de Société*, 19-2 (2004), pp. 73-92.

149. P. Cruz Villalón (ed.), *Hacia la europeización de la Constitución española. La adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*, Bilbao, Fundación BBVA, 2006. El mismo director de este estudio colectivo le había colocado un título bien expresivo a una recopilación de trabajos suyos sobre el particular: P. Cruz Villalón, *La Constitución inédita. Estudios sobre la constitucionalización de Europa*, Madrid, Trotta, 2004.

les sobre el constitucionalismo dizque global ignoran sintomáticamente tal detalle<sup>150</sup>.

En el caso de Naciones Unidas, solo con cierto abuso de lenguaje se puede hoy por hoy decir de la Carta fundando instituciones y la Declaración Universal de los Derechos Humanos estableciendo principios que integren una constitución, que sienten entre ambas las bases de un orden constitucional o que juntas contribuyan a un constitucionalismo de la humanidad. A nuestros efectos baste con señalar que los desenvolvimientos institucionales contemplados no traen causa de la Carta y que las garantías de derechos humanos vistas, las referentes a pueblos y, por supuesto, también a personas indígenas, tampoco tienen su fundamento en la Declaración Universal, sino en una rectificación que, aun no reconociéndose como tal, comenzó si acaso con los Pactos Internacionales de Derechos Humanos. Es un giro que marca la entrada internacional en una era de poscolonialismo todavía, en sus entrañas, colonial. En tales condiciones, ni la Carta ni la Declaración, la Universal, operan como instrumentos constitucionales. No pueden hacerlo. Ni fue lo suyo cuando se adoptaron ni, con todo lo que la segunda, la Declaración Universal, se ha desarrollado e incluso enmendado, han cobrado hasta el momento tal carácter.

No solo es cuestión de que al margen e incluso a espaldas de la Carta y de la Declaración Universal pueda producirse el desenvolvimiento tanto de instituciones internacionales como de derechos humanos por parte de las Naciones Unidas. El problema de partida ya reside en que la Carta no los mira porque los invoque. Dicho de otra forma, la erección de unas instituciones internacionales como poderes globales no se destina constitutivamente a la garantía de los derechos humanos. Luego, se hacen intentos de vincular lo uno con lo otro incluso en serio, no solo a efectos de legitimación de instituciones por invocación de derechos, pero, si ya en origen hay poderes internacionales en la misma órbita de las Naciones Unidas que no responden ni indirectamente a función de promoción y garantía de derechos, el juego ulterior del derecho supraestatal permi-

150. A. Peters, «Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales», en la misma, M. J. Aznar e I. Gutiérrez (eds.), *La constitucionalización de la Comunidad internacional*, pp. 207-261, plantea la integración en términos de compensación del proceso de desconstitucionalización del Estado por otro paralelo de constitucionalización del derecho internacional; original, «Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Law and Structures»: *Leiden Journal of International Law*, 19 (2006), pp. 579-610. C. E. J. Schwoebel, *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, contempla unas tendencias o dimensiones de constitucionalismo global —social, orgánica y normativa, esta la de derechos— para acabar planteando una cuarta *analógica* de tan parco presente como incierto futuro. Por ninguna parte se afrontan al efecto constitucional los problemas de la persistencia del colonialismo y del reto consiguiente de los derechos de los pueblos no constituyentes de Estados.

te la salida a escena de más poderes globales, si no por entero sobrevenidos, finalmente legitimados y entronizados en el ámbito internacional. La ciudadanía global o transnacionalidad formal generada por las Naciones Unidas es el simulacro corporativo que sirve para evadir obligaciones internacionales para con los derechos. Siguiendo la peor doctrina y seguida a su vez por la doctrina más servil o quizás más ilusa, el Pacto Mundial de las Naciones Unidas ha creado ese engendro de ciudadanía sin fronteras y sin vinculaciones con la pretensión de que tal es precisamente la forma de asumirse y atenderse responsabilidades por parte de las empresas transnacionales<sup>151</sup>.

Ahí está ante todo el caso tan elocuente de la OMC, la Organización Mundial del Comercio flanqueando a las Naciones Unidas. Nació a su margen para impedir que las mismas se hicieran cargo. Cuando, conforme avanzaba una descolonización ciertamente limitada, nuevos Estados iban incorporándose a las Naciones Unidas, aquellos que habían dominado en tiempos plenamente coloniales reciclan su posición de dominio marcando distancias de algunas de sus agencias, como la OMPI y la UNESCO, e imponiendo sus reglas desde organizaciones que no se integran en las mismas, como la OMC. A continuación, cuando los derechos humanos van tomándose progresivamente en serio con la amenaza que este desarrollo normativo supone para el dominio de origen colonial ahora crecientemente solapado, esos mismos sectores crean un espacio de excepción en el seno de las Naciones Unidas para blindaje de las empresas transnacionales, las que también ven protegidos sus intereses por mano de la OMC y de la OCDE. Se trata del *Global Compact* o Pacto Mundial con su continuidad a través de la instancia especial sobre *Derechos Humanos y Empresas* que persigue la desvinculación encubierta de las segundas respecto a los primeros, de las empresas transnacionales para con los derechos humanos. Si se mira no solo a los poderes estatales e interestatales, sino también a los intereses empresariales tendencialmente globales, se entiende mejor una historia que procede de tiempos anteriores a las Naciones Unidas, de unos tiempos netamente coloniales.

Conviene mirar a esta prehistoria para medir el alcance del asalto de las empresas transnacionales al orden internacional y, desde dicha posición, a los Estados por separado y a las mismas Naciones Unidas. Del colonialismo directamente procede, si no el mismo transnacionalismo empresarial, su vocación transfronteriza respaldando o impulsando la de los Estados. Con los derechos humanos ahora por bandera, considerando

151. Para recordatorio de muestrario, A. G. Scherer y G. Palazzo (eds.), *Handbook of Research on Global Corporate Citizenship*; J. Conill, C. Luetge y T. Schönwälder-Kuntze (eds.), *Corporate Citizenship, Contractarianism and Ethical Theory*; I. Pies y P. Koslowski (eds.), *Corporate Citizenship and New Governance: The Political Role of Corporations*.

derecho humano incluso el derecho al desarrollo en singular, a una forma de desarrollo cuyo fondo no se cuestiona porque se le añadan bastante gratuitamente, sin mayor evidencia para quienes sufren las consecuencias, cualificaciones como la de sostenible o la de humano, con tal enseña de enganche, a su sombra, hay empresas transnacionales que siguen comportándose como si el derecho internacional todo debiera estar a su servicio, en lo cual, tal y como están en la actualidad las cosas, no puede decirse que se equivoquen mucho.

Baste observar a Estados cuyas constituciones están ahora a la altura e incluso por delante del derecho internacional de los derechos humanos, inclusive respecto a las garantías requeridas para los derechos de los pueblos indígenas, como sea el caso del Ecuador y el de Bolivia por América Latina, y cuyas políticas económicas se desvían de la dirección constitucional por la presión continua de poderes empresariales principalmente transnacionales, unos poderes que en la práctica desbordan no solo a los Estados, sino también a las instancias de las Naciones Unidas, inclusive las competentes en derechos humanos en general y en derechos de los pueblos indígenas en particular. Los Estados de base de las empresas transnacionales no es raro que pongan su política exterior a su servicio. A menudo, las propias agencias de desarrollo de la órbita de las Naciones Unidas, como lo sean el WB y el PNUD, sirven de cauce más que de enderezamiento a los mismos poderes empresariales de carácter transnacional<sup>152</sup>.

Cuando nos interrogamos sobre un constitucionalismo global, si no nos concentramos en derechos, sino en poderes, el panorama se oscurece. Ocurre no solo que un derecho supraestatal, sea regional o general, está incidiendo positivamente en los constitucionalismos de Estado por lo que interesa a derechos, sino también y quizá principalmente que un orden internacional está minando e incluso subvirtiendo tales mismos sistemas constitucionales por lo que toca al ejercicio de poderes con repercusión negativa en la garantía de derechos, de los mismos derechos que el sistema de las Naciones Unidas promociona. Las Naciones Unidas mismas no son ajenas al minado y la subversión. En el ámbito internacional, los gobiernos encuentran vías para sortear limitaciones y controles interiores frente a otros poderes del propio Estado. El Estado mismo puede seguir siendo poder no constitucional en el ámbito internacional<sup>153</sup>. En

152. F. Larrea, *Estado neoliberal y movimiento indígena: Neoindigenismo, biopolítica y representación*, Quito, FLACSO, Tesis de Maestría en Ciencias Sociales, 2010; J. R. Webber, *From Rebellion to Reform in Bolivia: Class Struggle, Indigenous Liberation, and the Politics of Evo Morales*, Chicago, Haymarket, 2011.

153. El caso extremo, por no resultar representativo, no deja de ser, dada tanto su posibilidad constitucional como su viabilidad internacional, significativo. Me refiero al del poder que la presidencia de los Estados Unidos de América ha acabado por atribuirse, pues

el doméstico, las empresas transnacionalizadas se encuentran con posibilidades de ejercicio de poderes escapando al control del derecho interno inclusive en lo que interesa a la garantía de derechos. Qué dinámica vaya a prevalecer, si la de derechos controlando poderes o la de poderes subvirtiendo derechos, es algo sobre lo que cabe influir<sup>154</sup>, pero no acerca de lo que quepa predecir nada. Es historia de futuro, no factible ni para la historiografía ni, aunque otras ilusiones a menudo se hagan, para la doctrina jurídica.

La OIT, la Organización Internacional del Trabajo, cuenta, desde sus orígenes, con una constitución, con una norma constitutiva de esta determinada denominación. Ya nos consta su peculiaridad como organización tripartita, formada por tercio estatal, tercio empresarial y tercio sindical. Desde tiempos plenamente coloniales, pues la OIT se fundó en 1919, viene ocupándose de asuntos concernientes a indígenas. En ningún momento, ni siquiera tras la adopción del Convenio 169, el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Coloniales en Países Independientes, se plantea un cambio de constitución a los efectos de sumar a sus tres constituyentes originarios la constituyencia indígena sobrevenida por virtud, más que del Convenio 169, de la DDPI. Requiere la OIT a los Estados que cuenten con los pueblos indígenas no aplicándose a sí misma la regla. Por mucho que se hable, ya desde el Convenio, en términos de derechos, sigue aplicándose un criterio de ascendencia colonial y, desde luego, nada constitucional, el de definirse y aplicarse políticas desde instancias internacionales sin la participación debida de los pueblos afectados, de unos pueblos ya reconocidos como sujetos internacionales en un grado que no comparten ni empresas ni sindicatos. La constituyencia indígena no es en sí, por supuesto, nada sobrevenida. Ahí estaba, solo que la OIT, como el derecho internacional en general, había venido contemplándola como humanidad que colonizar. Que puedan ignorarse los derechos de los pueblos indígenas en el momento de considerarse responsabilida-

originalmente no lo tenía, de actuar en el exterior sin los controles constitucionales del interior que miran a la garantía de derechos (*Reining in the Imperial Presidency: Lessons and Recommendations Relating to the Presidency of George W. Bush*, House Committee of the Judiciary Majority Staff Report, 2009, disponible en google-books). Y no es solo cuestión de acción militar o policial sin limitación constitucional bajo una determinada presidencia. Más a nuestro asunto, hemos visto como el Marco y los Principios sobre Derechos Humanos y Empresas, los de *Proteger, Respetar, Remediar*, se plantean de modo que las empresas estadounidenses puedan quedar sin mucha dificultad exoneradas de responsabilidad por violaciones de derechos humanos.

154. Están citados desde un inicio intentos plausibles más directos en la línea de los derechos: B. Fassbender, *Der Schutz der Menschenrechte als zentraler Inhalt des völkerrechtlichen Gemeinwohls*; S. Gardbaum, *Human Rights as International Constitutional Rights*; J. Klabbers, A. Peters y G. Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*; A. Peters, M. J. Aznar e I. Gutiérrez (eds.), *La constitucionalización de la Comunidad internacional*.

des de las empresas transnacionales, como hemos visto que también ocurre en el seno de la OIT, no va entonces a extrañar. Por doquier encontramos ininterrumpido y solapado el tracto colonial<sup>155</sup>.

Los propios derechos humanos han venido sufriendo el lastre colonial. Su descolonización puede decirse que en rigor se produce o, mejor, arranca, no con la adopción de una política descolonizadora limitada por Naciones Unidas en 1960, sino con la DDPI, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en 2007. La misma se encuentra con una situación en la que hay poderes globales blindados que afectan neurálgicamente a la factibilidad de las garantías de esos determinados derechos. Más que intereses políticos, son económicos los que priman, no todos los intereses económicos ni todos los intereses empresariales por supuesto, sino aquellos de alcance transnacional que se resisten a plegarse a derechos humanos y, muy particularmente, en todo lo que toca a pueblos indígenas por cuanto que estos les estorban para el acceso a recursos explotados y a conocimientos sobre los mismos. No se trata de intereses legítimos, sino de los que, al lesionar derechos humanos, resultan ilegítimos por mucho que las empresas concernidas sean legales. La misma dicotomía radical imperante entre tráfico transnacionales ilícitos y lícitos dificulta sumamente el planteamiento del problema internacional de las actividades ilegítimas de empresas legales. En momentos, por cuanto hemos visto, puede pensarse que esa ha sido exactamente la finalidad de la instancia irregular de las Naciones Unidas sobre *Derechos Humanos y Empresas*. No creo estar imputando intenciones, sino constatando evidencias<sup>156</sup>.

155. [www.ilo.org/ilolex/spanish/iloconst.htm](http://www.ilo.org/ilolex/spanish/iloconst.htm), la Constitución de la OIT con sus sucesivas reformas incorporadas, ninguna ampliando su constituyencia. Un estudio clave para la respectiva continuidad de signo colonial se encuentra reiteradamente citado: L. Rodríguez Piñero, *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: The ILO Regime, 1919-1989*.

156. En correspondencia privada sobre estas páginas, James Anaya, el actual relator especial de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, insiste en que mi visión entera del derecho internacional de los derechos humanos está sesgada por no atender como debiera los planteamientos de la mejor doctrina iusinternacionalista, una doctrina que ponderaría más equilibradamente entre derechos, Estados y empresas y que, según me subraya, sería verdaderamente internacional, procedente no solo de Estados Unidos, pero aquí precisamente entiendo que radica el problema, en superponer doctrina a derecho, doctrina que puede ser supremacista a derecho que es internacional, no solo hoy interestatal. Comienza por situarse en un escenario que ignora el enquistamiento del colonialismo adverso a derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas frente al cual cobra todo su valor la DDPI. Si se implica que es mi posición la que responde a prejuicios, el antiestadounidense y el antiempresarial, esto sí me parecería una imputación de intenciones, pero no soy yo, sino la lectora o el lector, quien ha de juzgarlo. Con otras y otros colegas he mantenido sobre estas páginas correspondencia y conversaciones privadas o también, como en el Aula Tomás y Valiente de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de

No es cuestión de poderes globales de hecho, sino de poderes globales de derecho, como ahora, para las Naciones Unidas, las empresas transnacionales y su mismo estado de transnacionalidad. Global entiéndase siempre como tendencia operante, no como meta lograda o ni siquiera de momento al alcance sin más<sup>157</sup>. Con la institucionalización de la ciudadanía corporativa transnacional por arte del Pacto Mundial, las empresas adquieren la capacidad de globalizar al verse convertidas en sujetos internacionales incluso por encima y, de llegar el caso, en contra de sujetos reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos, como los pueblos indígenas. Acaban imponiendo hasta una visión del mundo como si la ciudadanía humana fuera la ciudadanía corporativa y ninguna otra<sup>158</sup>. Ni para los sujetos natos de derechos, los individuos, por supuesto, todos y cada uno de los individuos de la humanidad, se ha concebido por las Naciones Unidas una ciudadanía global<sup>159</sup>. También sería improcedente, pues su constituyencia no es universal, faltando sujetos

Madrid o en la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, debates públicos. A todos guardo agradecimiento.

157. Debate este extremo en trabajo de homenaje a A. Hespanha: «Gracia y derecho entre localización, recepción y globalización»: *Quaderni Fiorentini*, 41 (2012), pp. 675-763. Hay algún elemento más de contacto. Hoy cabe plantearse el problema de que la economía del don resulte internacionalmente invisible afectando a la calidad de estadísticas y proyectos de agencias de las Naciones Unidas (G. Rist, *The History of Development from Western Origins to Global Faith*, p. 206), asunto que se trata en el trabajo sobre Hespanha tanto en sí, por la evidencia de gracia condicionante para el derecho, como en cuanto que factor de limitación de la globalización. Ahí también me ocupo del viaje de regreso de la historia al derecho con el problema de la nostalgia de por medio, así como de la experiencia personal de la finitud del tiempo.

158. He aprendido del último Tony Judt, pues no puedo decir del conjunto de su obra, a aquilatar los límites de planteamientos que confrontan la visión empresarial del mundo como los representados por la Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress, que es entidad privada, ni intergubernamental ni interempresarial, en la medida en la que se sigue sin lograr construir una categoría integrada de buen-vivir, mejor que bien-estar, humano: J. E. Stiglitz, A. Sen y J. P. Fitoussi (eds.), *Report by the Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress*, 2009, disponible en internet ([www.stiglitz-sen-fitoussi.fr](http://www.stiglitz-sen-fitoussi.fr)). En todo caso, con los derechos humanos de por medio como principios, no se trata de la contraposición entre posturas proempresariales y antiempresariales según las primeras maniqueamente se figuran para negar su propia tendenciosidad.

159. P. Kennedy, *The Parliament of Man: The Past, Present, and Future of the United Nations*, Nueva York, Vintage, 2007, cap. 6: «We the Peoples: Democracy, Governments, and Nongovernmental Actors». Planteándolo a propósito precisamente de la ciudadanía corporativa, B. E. Hernández-Truyol y S. J. Powell, *Just Trade: A New Covenant Linking Trade and Human Rights*, Nueva York, New York University Press, 2009, cap. 5: «Who Belongs, Who Rules: Citizenship –Voice and Participation in the Global Market»; donde también en especial interesa el cap. 11: «First Peoples First: Indigenous Populations». Respecto a la ciudadanía internacional más en general, J. Klabbers, A. Peters y G. Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, cap. 5: «Membership in the Global Constitutional Community», perteneciente a la segunda, Anne Peters.

colectivos distintos a los Estados, como los pueblos indígenas, y careciendo de capacidad para ser responsable ante el conjunto de la humanidad, pero la ocurrencia de la ciudadanía corporativa o transnacionalidad empresarial es aún más deletérea. No olvidemos que el Pacto Mundial se constituyó expresamente con los derechos humanos no como objetivo, sino como instrumento para la legitimación internacional de empresas y así del mercado cual bien global por sí mismo. De esto por lo visto se trata. La legitimación de las empresas transnacionales sin someterlas a los derechos humanos sigue siendo el objetivo<sup>160</sup>.

Respecto a la ciudadanía de base para la construcción de un orden internacional más integrado, de un constitucionalismo global si prefiere más ambiciosamente decirse, parece claro que se necesita un constitucionalismo de pueblos que complete y corrija al de los Estados, integrándolos. Sin constituyencia indígena en particular no habrá constitucionalismo integrado ni regional ni global<sup>161</sup>. Tanto el derecho internacional de los derechos humanos como el constitucionalismo de Estado arrastran un lastre colonial, que aún pesa, por cuanto que se plantearan sin la concurrencia de los pueblos indígenas<sup>162</sup>. De cara a los mismos, en las Naciones Unidas, el problema reside no solo en que no cuenten con instancias propiamente representativas, sino también en que no puedan así hacerse vivos con su cultura propia por otras vías como sujetos de derechos junto a otros pueblos, constituyan o no Estados<sup>163</sup>.

160. A. Lang, *World Trade Law after Neoliberalism: Re-imaginig the Global Economic Order*, Oxford, Oxford University Press, 2011, atendiendo la historia de cuestionamientos de la legitimidad empresarial transnacional desde perspectivas de derechos humanos y considerando que, tras la preponderancia del neoliberalismo, estamos en un nuevo tiempo de crisis de tan necesaria legitimidad, necesaria entiende que en los términos de John Ruggie.

161. Incluso desde enfoques voluntariosamente críticos, si alguna atención se presta a la presencia de los pueblos indígenas, resulta por completo insuficiente: S. Marks, *The Riddle of all Constitutions: International Law, Democracy, and the Critique of Ideology*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 114; «Exploitation as an International Concept», en la misma (ed.), *International Law on the Left: Re-examining Marxist Legacies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 281-307 (pp. 297-300); «Human Rights and Root Causes: *Modern Law Review*, 74-1 (2011), pp. 57-78 (p. 62). Hay propuestas críticas de reconducción de fondo del orden internacional sin espacio propio para los pueblos indígenas: P. Fitzpatrick y P. Tuitt (eds.), *Critical Beings: Law, Nations and the Global Subject*, Aldershot, Ashgate, 2004; S. Pahuja, *Decolonising International Law: Development, Economic Growth and the Politics of Universality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

162. B. Clavero, *Freedom's Law and Indigenous Rights: From Europe's Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas*, Berkeley, The Robbins Collection, 2005; «Bioko, 1837-1876: Constitucionalismo de Europa en África, Derecho Internacional Consuetudinario del Trabajo Mediante»: *Quaderni Fiorentini*, 35 (2006), pp. 429-556.

163. R. Niezen, *The Origins of Indigenism: Human Rights and the Politics of Identity*, Berkeley-Los Ángeles, University of California Press, 2003; *The Rediscovered Self: Indigenous Identity and Cultural Justice*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 2009; *Pu-*

El requerimiento elemental de pie de igualdad en derechos entre todas las personas, entre todas las comunidades y entre todos los pueblos hoy se plantea en consideración a la constituyencia indígena, pero no solo en su beneficio exclusivo<sup>164</sup>. La posibilidad de globalización efectiva de derechos humanos abierta por la DDPI es también eventualidad factible no solo de descolonización definitiva, sino también de constitucionalismo integrado. No se trata de que se sustituya por el paradigma indígena el paradigma imperante del derecho internacional, el que se concreta en el paradigma OMC sobre el mercado como bien global o en el paradigma Pacto Mundial y Ruggie-Anaya sobre absolución de derecho a las empresas. No se trata de que los pueblos indígenas cuenten con derechos distintos a los de otros pueblos.

Se trata de que todos los pueblos, formen o no Estados, tengan garantías de valor y eficacia equivalentes. Se trata de que el paradigma indígena tenga cabida en el nuevo paradigma del derecho internacional que está requiriendo la DDPI, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y cortocircuitando la dogmática imperante<sup>165</sup>. He aquí la suplantación del derecho por la doctrina, algo, como ya sabemos, bien distinto al desarrollo o a la suplencia del primero por la segunda. Tampoco nos va a extrañar que allí donde se anuncia el nuevo paradigma en términos normativos se vea dispuestísima a la doctrina para el cortocircuito y la suplantación<sup>166</sup>.

*blic Justice and the Anthropology of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. xi: «En la época de los derechos humanos, la antropología jurídica se encuentra con el reto de determinar cómo los conceptos globales y la identidad se recorren y se conforman en la práctica por quienes se tienen a sí mismos como sus sujetos», precisamente, añadido, porque son estos, y no la antropología ventrilocua como tampoco las agencias internacionales, quienes tienen el derecho humano a la propia determinación.

164. J. Tully, *Strange multiplicity: Constitutionalism in an age of diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995; R. A. Williams, Jr., *Linking Arms Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800*, Nueva York, Routledge, 1999, cap. 5: «Treaties as Constitutions»; E. Darian-Smith y P. Fitzpatrick (eds.), *Laws of the Postcolonial*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1999; B. Clavero, *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Madrid, Trotta, 2007; V. Hsueh, «Under Negotiation: Empowering Treaty Constitutionalism», en J. T. Levy y I. M. Young (eds.), *Colonialism and its Legacies*, Lanham, Lexington, 2011, pp. 53-77.

165. Me consta hasta qué punto el planteamiento de T. S. Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas* [1962], México, FCE (1971), 2007, es controvertido en su terreno de historia de las ciencias, pero no me cabe duda acerca de que su noción de «paradigma» resulta útil para la historia del derecho y su doctrina, bien entendido que, como está visto, esta última, la doctrina, no siempre es presa inconsciente del paradigma establecido, sino combatiente encubierta. En cuanto a la categoría de «constituyencia», la acuñé en B. Clavero, *Ama Llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y código ladino por América*, Madrid, CEPIC, 2000.

166. Respecto al caso ya señalado del nuevo constitucionalismo boliviano, B. Clavero, «Tribunal Constitucional en Estado Plurinacional: El reto constituyente de Bolivia», especialmente, para el intento de suplantación, nota 52.

El cambio de paradigma habría de ser global para el orden jurídico de la humanidad, no meramente sectorial para los pueblos indígenas. Así deberían ya estarse cancelando o es así como habrán de cancelarse «las problemáticas jurídicas del colonialismo»<sup>167</sup>. Solo entonces, tras un cambio semejante de paradigma, podrá plantearse un constitucionalismo global. Como todo lo que queda para el futuro, su posibilidad no está en absoluto garantizada. A la vista ahora se tiene. Los tiempos no son desde luego lo que eran ni son tampoco de seguro lo que serán.

## 2. ¿El rey sigue desnudo?

En las Naciones Unidas, por la vía regular de desenvolvimiento del derecho internacional de los derechos humanos, había venido a afrontarse el reto de las empresas transnacionales que desbordan a los Estados afectando a tal categoría de derechos y a las mismas posibilidades de la ciudadanía no recluida en Estados, lo que se había a su vez cortocircuitado por la vía menos regular del Pacto Mundial y su pretensión de una llamada ciudadanía corporativa transnacional generando el espacio para poderes globales de carácter económico al abrigo de obligaciones estrictas con los derechos. Esta otra vía menos regular, representante especial del secretario general de las Naciones Unidas mediante, conduce a la suspensión de hecho del valor normativo de instrumentos internacionales de derechos humanos, como lo sea no solo la DDPI, a favor de intereses empresariales transnacionales. Para todo constitucionalismo, por garantía de los principios y prevención de la arbitrariedad, las formas son importantes. Que la DDIP haya seguido la trayectoria regular de elaboración de normas de derechos humanos en las Naciones Unidas y que el proceso de entronización de las empresas transnacionales haya sido más expeditivo, evitando en particular la deliberación colegiada de instancias de expertos y expertas como la antigua Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, no es un dato meramente formal.

En 2006 se produjo en Naciones Unidas una reforma institucional en materia de derechos humanos. Su organismo intergubernamental específi-

167. Cita segunda de encabezamiento precedente, como ya está dicho, de M. A. Hasian, Jr., *Colonial Legacies in Postcolonial Contexts*, p. 238. Sobre la historiografía de referencia para esta cita, la que se presenta como poscolonial sabiendo que no puede serlo del todo, B. Clavero, «Europa entre la historia y el derecho o bien entre poscolonial y preconstitucional»: *Quaderni Fiorentini*, 33-34 (2004-2005), pp. 509-607. Respecto a las otras citas de encabezamiento de este capítulo sobre poscolonialismo, la de Elazar Balkan y la de Kenneth Cmiel, de cuya procedencia exacta diré enseguida, tanto la referencia del uno a «autoexamen» del derecho internacional de los derechos humanos como la del otro al «significado denso dentro de cada cultura» de la respectiva tópica cobran su significación más potente en relación a la constituyencia indígena.

co se eleva de rango. Lo que había sido una Comisión de Derechos Humanos subsidiaria del Consejo Económico y Social se transforma en Consejo de Derechos Humanos ya no subordinado. Más capacitado, sigue siendo una instancia puramente intergubernamental, formada en exclusiva por representantes de Estados. Al tiempo se instituye como organismo técnico, de expertas y expertos, el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos, con un perfil, en cambio, bastante inferior al de la instancia precedente, esto es, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos que a su vez había sucedido a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. La instancia que así desaparece había sido el organismo más dinámico en el desarrollo del derecho internacional de derechos humanos<sup>168</sup>. Ahora el nuevo Consejo de Derechos Humanos se encuentra más apoderado que su antecesora, la Comisión. Puede hacer más fácilmente cosas como dar el espaldarazo a la DDPI para a continuación cortocircuitar su corriente de energía con el respaldo al programa de derechos humanos y empresas transnacionales. Entre todo esto hay todavía por hacer, desde 1945, toda una historia de reajustes de instituciones que no acaban de superar el desajuste con derechos. Ni hay instancia en las Naciones Unidas con capacidad para reconducir la cuestión a unos términos sustancialmente constitucionales, los de vinculación de poderes con derechos.

Toda esta historia, la vista, la que comienza en 1947 con el acuerdo del GATT, esto es, con el origen de la OMC, impidiendo que las Naciones Unidas constituyesen una Organización Internacional del Comercio propia (de por entonces, de 1947, también data la Organización Europea para la Cooperación Económica que fuera antecesora de la OCDE<sup>169</sup>), es historia que basta para poner de manifiesto la fragilidad del presunto constitucionalismo internacional, aunque fuere en ciernes. No es solo ni principalmente débil por la reserva de soberanía en manos de los Estados como si ellos todavía constituyesen los principales poderes globales; tampoco porque las Naciones Unidas naciesen presididas por Estados vencedores de una guerra prácticamente mundial con intereses coloniales y empeño por mantener el colonialismo, arrastrando un lastre hasta hoy, hasta en tanto que no se extraigan en su totalidad las implicaciones

168. Entre la expectación crecida y la frustración precoz, B. G. Ramcharan, *The UN Human Rights Council*, Abingdon, Routledge, 2011, no deja de señalar, pp. 66-72 y 128, la incertidumbre sobre métodos y resultados de la función normativa en materia de derechos humanos tras la reforma.

169. M. W. Osborne, *A History of the Château de la Muette*, París, OECD, 1999, pp. 120-123. Adquirida a la familia Rothschild, La Muette es la sede de la OCDE prácticamente desde su fundación. Esta historia oficiosa es de estilo turístico, propaganda de resabio eurocéntrico o incluso francocéntrico inclusive; p. 3: «La Muette, sede de la OCDE, cuenta con una historia extensa y rica. Su uso actual resulta una adecuada prosecución [...]».

descolonizadoras de la DDPI<sup>170</sup>. Nada de ello parece que constituya el factor esencial, al menos para la aparición de poderes globales en manos de empresas transnacionales desbordando tanto a los Estados como al orden internacional. Hay condiciones y causas más recientes, más directas y más decisivas. Entre la OMC o la OCDE que escapan a las Naciones Unidas y el espacio confluyente abierto en estas mismas a partir del Pacto Mundial, se han generado condiciones para la entronización de poderes globales de carácter directamente económico bajo la cobertura de un orden internacional que predica derechos humanos.

Fragilidad patente en el funcionamiento orgánico de las Naciones Unidas lo resulta, desde luego, el espectáculo visto de un individuo creando, como arconte universal, derecho sobre las relaciones entre derechos humanos y empresas transnacionales a favor además en teoría de los primeros y de hecho de las segundas. Sin embargo, esto mismo no tiene explicación sino en función de los intereses empresariales transnacionales que mueven el Pacto Mundial y su prosecución por vía menos regular o realmente irregular de desarrollo normativo de los derechos humanos en el seno de las Naciones Unidas. Que el Consejo de Derechos Humanos, organismo en exclusiva intergubernamental, revalide la operación puede llamar la atención, pero tampoco extrañar mucho. Aunque no haya constitucionalismo internacional, hay ordenamiento jurídico de instituciones internacionales. ¿Cómo puede tan fácilmente sortearse y hasta burlarse

170. Como arranque resuelto de esa historia por hacer, M. Mazower, *No Enchanted Palace: The End of Empire and the Ideological Origins of the United Nations*, Princeton, Princeton University Press, 2009; S. Moyn, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Cambridge, Harvard University Press, 2010; S. L. Hoffmann (ed.), *Human Rights in the Twentieth Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011; A. Iriye, P. Goedde y W. I. Hitchcock (eds.), *The Human Rights Revolution: An International History*, Oxford, Oxford University Press, 2012, donde se tiene un incisivo capítulo historiográfico con criterio más amplio que el mío, pp. 27-51: K. Cmiel, «The Recent History of Human Rights» (a su fecha de su edición original: *The American Historical Review*, 109-1 [2004], pp. 117-135, de donde, p. 126, procede la tercera cita de encabezamiento de este capítulo; K. Cmiel falleció al poco tiempo prematura y repentinamente, cuando avanzaba en su investigación sobre la historia de los derechos humanos: [historyofcommunicationresearch.org/2010/11/papers-of-kenneth-j-cmiel](http://historyofcommunicationresearch.org/2010/11/papers-of-kenneth-j-cmiel)). Como historiador del derecho, asumo y reitero su deseo de historia frente a sucedáneos. Ya he registrado la existencia de programas de desarrollo de historiografía serviciales de las propias Naciones Unidas, la del *United Nations Intellectual History Project* ([www.unhistory.org](http://www.unhistory.org)) y la del *ILO Century Project* ([www.ilo.org/century](http://www.ilo.org/century)), proyectos que resultan tan inapropiados como la promoción de historias nacionales por instancias de Estados, universitarias u otras. Llevan publicados el de las Naciones Unidas cerca de veinte volúmenes y el de la OIT media decena, a los que han de sumarse los que promueven por su cuenta otras agencias internacionales como, por ejemplo, el PNUD, por su historia citada, la del subtítulo *A Better Way?* No para la historiografía. Su *worst way* más bien. Junto a sus inapreciables servicios documentales, los sitios oficiales u oficinas de internet abundan a ese uso del delfín, como quedó advertido y no creo que, desde perspectiva constitucional, tenga por qué tenerse por algo natural.

en nombre, encima, de los derechos humanos? ¿Y cómo las evidencias parece que no lo son? ¿Cómo es que puede ofrecerse la impresión de estar actuándose conforme a derecho, a un derecho internacional? A través de los procedimientos regulares de desarrollo del derecho de los derechos humanos por las Naciones Unidas se alcanza la DDPI; ¿cómo se puede en el propio seno de la misma organización producirse su neutralización? Si renunciamos a la pregunta acerca del constitucionalismo global, podremos al menos interrogarnos sobre la carencia, incluso, de regla de derecho.

Ahí que despliega su juego la dogmática a la que se refería Tomás y Valiente como teoría que debe explicarse por historia y reducirse a historia. Es en el caso doctrina que suplanta derecho tendiendo a prevalecer sobre la que lo desarrolla incluso en las instancias no intergubernamentales de derechos humanos, las de expertas y expertos, en las Naciones Unidas, no digamos del resto. Permea el sistema. Y no es que los dogmas cieguen. Aunque siempre pueda haber quienes contribuyan, incluso decisivamente, sin estar en el secreto, la operación de la dogmática resulta tan deliberada como interesada. Solo la historia, una historia de presente, nos muestra el peso y el alcance de la deliberación y de los intereses. De este modo se aprende a no hacer tabla rasa del pasado en lo que concierne al reconocimiento de derechos, así como a no conceder crédito a ninguna doctrina atemporal, ni siquiera a la que postule, incluso con empeño, derechos. La historia no es maestra, pero enseña<sup>171</sup>.

Todo o poco menos se hace hoy a nombre de los derechos humanos, aunque sea en su contra, más todavía, por supuesto, si es a favor. Hasta hay tiranías que se justifican en defensa de los derechos económicos, sociales y culturales como si pudieran contraponerse a los derechos civiles

171. Sobre el origen más inmediato de los derechos humanos de las Naciones Unidas en el supremacismo colonial de la cultura europea por África, M. Mazower, *No Enchanted Palace*, caps. 1 («Jan Smuts and Imperial Internationalism») y 4 («Jawaharlal Nehru and the Emergence of the Global United Nations»); para evidencias concurrentes, C. Anderson, *Eyes off the Prize: The United Nations and the African American Struggle for Human Rights, 1944-1955*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003; sobre precedentes, B. Ibhawoh, *Imperialism and Human Rights: Colonial Discourses of Rights and Liberties in African History*, Albany, State University of New York Press, 2007. Y a propósito, en la línea desde el pasado hacia el futuro hipotecando el presente, esto es, en la línea de una historia normativa prácticamente por hacer por lo que toca a la sustanciación de responsabilidades no solo estatales ni tan solo respecto a los Estados sobre las de otros agentes, el mismo B. Ibhawoh, «Rethinking Corporate Apologies: Business and Apartheid Victimization in South Africa», en M. Gibney, R. E. Howard-Hassmann, J. M. Coicaud y N. Steiner (eds.), *The Age of Apology: Facing Up to the Past*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2008, pp. 271-284; respecto a responsabilidades de Estados, incluyendo el caso de los pueblos indígenas, E. Barkan, *The Guilt of Nations: Restitution and negotiating historical injustices*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2000, part II: «Colonialism and its Aftermath»; de esta obra, p. xvii, procede la primera cita de encabezamiento de este capítulo.

y políticos. También se da la inversa. En el seno de las Naciones Unidas, el énfasis en derechos suele ser inversamente proporcional a su toma en serio, pronunciado si se actúa de hecho a su contra y solo corriente de guardarse consecuencia. Con todo, el tránsito entre las Naciones Unidas predicando derechos y las empresas globales ejercitando poderes dista mucho de haberse consumado ni tiene trazas de conseguirse expeditivamente. ¿Concluimos con nuevas máximas? Contra globalización de poderes, no antiglobalización, sino globalización de derechos, globalización de derechos humanos que ya de por sí contienen los contrapesos precisos, los contrapesos de derechos de pueblos no necesariamente identificados con Estados.

Contra globalización todavía limitada de poderes, globalización ya íntegra de derechos. Las corporaciones transnacionales han conquistado un espacio de exención al costo de aceptar los derechos humanos como ideario, manteniéndolos por ahora a raya. Los derechos humanos tomados en serio y no como cobertura legitimadora son hoy posición más genuina de las Naciones Unidas, posición que puede y debe contrarrestar poderes y reconducir procesos. En fin, en estos tiempos de constitucionalismo de derechos, es el rey quien sigue desnudo bajo nuevos ropajes<sup>172</sup>. ¿Lo cubrimos o lo exponemos?

¿Contribuimos a prestar legitimación o a poner en evidencia? Otra no hay. Tras todo lo visto, no creo que quepan dudas sobre cuál sea la respuesta conforme a derecho o, mejor dicho, a derechos. Esta historia de un punto de presente en el cruce de líneas entre pasado y futuro ya advertí que iba a resultar moralista a fuer de normativa.

## Apéndice I

### DERECHOS HUMANOS DE LA NATURALEZA

En algunos Estados de América Latina, como particularmente en la República del Ecuador y el Estado Plurinacional de Bolivia, está replanteándose por vía constitucional el derecho de los derechos humanos con especial atención a su

172. H. C. Andersen, *El traje nuevo del emperador* (*Cuentos de hadas contados para niños*, 1837): «[...] *¡Pero si no lleva nada!* —exclamó de pronto un niño. *Dios bendito, ¡escuchen la voz de la inocencia!* —dijo su padre. Y todo el mundo se fue repitiendo al oído lo que acababa de decir el pequeño: *No lleva nada; es un chiquillo el que dice que no lleva nada*. Al fin gritó el pueblo entero: *¡Pero si no lleva nada!* Aquello inquietó al Emperador, pues barruntaba que el pueblo tenía razón, mas pensó: *Hay que aguantar hasta el final*. Y siguió más altivo que antes. Los ayudas de cámara continuaron sosteniendo la inexistente cola». Exactamente, me permito apostillar al cuento. La imagen ronda: E. Strauss, *The Emperor's New Clothes? The United Nations and the Implementation of the Responsibility to Protect*, Baden-Baden, Nomos, 2009.

vinculación e incluso dependencia respecto a la naturaleza. La concepción no es reciente, pues, aparte el lenguaje de derechos, procede de pueblos indígenas andinos y amazónicos, pero su manifestación constitucional es reciente. La Constitución del Ecuador es de 2008; la de Bolivia, de 2009. Lo que aquí nos interesa es el detalle de que se intente de esta forma salir al paso de la evolución del orden internacional hacia posiciones entreguistas a intereses económicos transnacionales tratándose incluso de corregir la antropología de base del derecho de derechos humanos<sup>173</sup>.

Tomemos el ejemplo de la primera de dichas constituciones, la ecuatoriana. Es una norma que comienza por ir más allá de su propio texto precisamente por situarse en el escenario supraestatal de los derechos humanos. Incorpora con valor igualmente constitucional de un alcance por igual constituyente el derecho internacional de los derechos humanos: «Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte» (art. 11.3).

Se dice *instrumentos internacionales de derechos humanos* por integrarse todo el derecho internacional al respecto, no solo el de convenciones o tratados ratificados por el Ecuador. Se integra incluso una jurisprudencia internacional cuyo concepto además se extiende expresamente a meros informes de instancias supraestatales de derechos humanos: «La acción (constitucional) por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos [...]» (art. 93). La Constitución ecuatoriana se toma los derechos humanos realmente en serio. El sintagma *derechos humanos* comparece a lo largo del texto constitucional ecuatoriano cerca de treinta veces. Aunque no en términos tan resueltos, el caso de la actual Constitución boliviana es similar.

La integración en el escenario internacional del derecho de los derechos humanos llega al punto de darse pasos en una línea de expansión: «El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable [...]» (art. 12), por ejemplo, bien significativo, como vamos a ver; en la Constitución de Bolivia, se lo tiene sin la calificación de *derecho humano*, pero como *derecho fundamental*: «Toda persona tiene derecho al agua [...]». En ambos casos se lo entiende como derecho vinculado al *buen vivir*, en la dicción constitucional ecuatoriana, o *vivir bien*, en la boliviana. O debería decir en una y otra traslación al castellano de una expresión indígena no fácilmente traducible que también se registra en su propia lengua por ambas constituciones: *sumak kawsay* en quichua (art. 14 ecuatoriano) o *suma qamaña* en aymara (art. 8 boliviano).

*Buen vivir* es algo más y algo distinto a lo que suele entenderse por *bienestar*, en cuanto que base material necesaria para cualquier disfrute de derechos con dignidad y en libertad. Comienza por tomar en consideración la vinculación y dependencia entre humanidad y naturaleza para que la primera pueda subsistir

173. Para cuanto se expone en este apéndice, el capítulo citado de A. Luna, P. Miangos y R. Rojas (eds.), *De Cádiz al siglo XXI. Doscientos años de constitucionalismo en México e Hispanoamérica, 1812-2012*: B. Clavero, «Estado plurinacional. Aproximación a un nuevo paradigma constitucional americano», con ulteriores referencias.

y desenvolverse en tales condiciones de dignidad y libertad en común; dicho en el lenguaje de los derechos, con derechos humanos garantizables a todas y todos, con derechos humanos así por fin universales. A tal efecto y con dicho lenguaje, la Constitución del Ecuador asigna derechos a la naturaleza misma. Dedica todo un capítulo a *derechos de la naturaleza*: «La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos [...]» (art. 71). *Pacha Mama* es expresión indígena traducible por Madre Tierra.

La expansión de los derechos humanos al derecho en concreto al agua no se incluye hoy en un constitucionalismo como el ecuatoriano. La República del Ecuador y el Estado plurinacional de Bolivia figuran entre los miembros de Naciones Unidas que han impulsado y conseguido a mediados de 2010 la Declaración del Derecho al Agua como derecho humano por parte de su Asamblea General, esto es, la incorporación de tal derecho al derecho internacional de los derechos humanos. La Declaración justamente proclama «el derecho al agua potable y el saneamiento como un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos». Hay más. La Constitución boliviana registra un imperativo de *armonía con la naturaleza* (arts. 255.II.7 y 311.II.3). Bolivia y el Ecuador también han impulsado en el seno de las Naciones Unidas una Declaración sobre la Armonía con la Naturaleza, adoptada por la Asamblea General a finales de 2009. No consiguieron que fuera una Declaración sobre los Derechos de la Madre Tierra<sup>174</sup>.

¿Cómo un derecho tan elemental cual el derecho al agua no ha sido tomado en consideración hasta un momento tan reciente por el derecho internacional de los derechos humanos? Hay respuesta, por supuesto, y es histórica, desde luego. La Declaración Universal de los Derechos Humanos se confeccionó por gente acomodada que además daba por descontada la existencia de Estados con los que se identificaban y que les amparaban sin preocuparse sobre si ese era el caso de toda la humanidad. Estaban además entre la gente acostumbrada a tener en casa grifos dispensadores de agua potable y saneada. Pero no solo se trataba de condiciones sociales. Eran también gentes que compartían entre ellas la antropología propia de una humanidad convencida de ser dueña y dominadora de la naturaleza, de una humanidad acomodada plenamente en las perspectivas de un tal dominio. La concepción de *sumak kawsay* o *suma qamaña* se sitúa en la dirección más bien contraria de conciencia de simbiosis con la naturaleza, lo que resulta relevante para el propio entendimiento de unos derechos humanos básicos como el derecho al agua, derecho a un elemento a cuyas propiedades de potabilidad y saneamiento ha de prestarse el mismo respeto que se debe a la naturaleza toda, la Pacha Mama. Es una posición que ha venido a manifestarse constitucionalmente en reacción frente a los efectos literalmente contranaturales de actividades transnacionales en medios andinos y amazónicos. No es casualidad que el giro se haya producido ahora.

174. Estoy entre quienes compartieron el trabajo de promoción y el sentimiento de frustración: C. Mamani y B. Clavero, *Estudio sobre la necesidad de reconocer y respetar los derechos de la Madre Tierra*, el informe citado para organismo de Naciones Unidas.

¿Qué puede esta última evolución de los derechos humanos influida por un constitucionalismo andino y amazónico, de inspiración indígena, frente a los desenvolvimientos de fondo vistos en este capítulo? Ni siquiera en el interior de Bolivia y del Ecuador está demostrando este nuevo constitucionalismo poder mucho. La Declaración de Naciones Unidas sobre la Armonía con la Naturaleza resulta bien elocuente. Comienza presentándose como desarrollo de un programa de *desarrollo sostenible* que, eufemísticamente, no encierra otra cosa que dichos desenvolvimientos internacionales a favor de intereses empresariales transnacionales. Frente a los términos de la propuesta boliviana o ecuatoriana, no hay además en esta Declaración enfoque de derechos, ya no digo de la naturaleza, sino ni siquiera humanos.

## Apéndice II

### EMPRESAS, DERECHOS, PUEBLOS E INSTANCIAS NO GUBERNAMENTALES DE NACIONES UNIDAS

Naciones Unidas es hoy una constelación de lo más heterogénea de organismos, agencias, programas, fondos y otras muchas entidades. La diferencia principal se da entre las instituciones gubernamentales, esto es, compuesta por representantes de Estados a las órdenes de sus gobiernos; las no gubernamentales, cuyos miembros no dependen de los Estados, aunque estos sean quienes los propongan, y las híbridas, siendo, por supuesto, las segundas las más independientes y las que cuentan con menor capacidad decisoria. Entre estas se encuentran los comités de tratados de derechos humanos, que supervisan su cumplimiento respecto a los Estados partes, y los llamados procedimientos especiales de relatorías, representantes, mecanismos, grupos de trabajo y foros para documentación, información, análisis y deliberación sobre materias determinadas en el campo de los derechos humanos, procedimientos que en su mayor parte, con pocas excepciones, se sitúan bajo la dirección del Consejo de Derechos Humanos, un organismo plenamente gubernamental, y la Coordinación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, una dependencia suya, de la institucionalidad intergubernamental de las Naciones Unidas.

Al Consejo de Derechos Humanos lo hemos visto en 2011 adoptar como directriz los *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos* destinados a poner en práctica el *Marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*, esto es, el informe presentado ante el mismo Consejo en 2008, bajo el título *Proteger, Respetar, Remediar*, por el representante especial del secretario general de las Naciones Unidas para la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales, una instancia ya extinta. La adopción se produce pese, o quizás debido, a las notorias insuficiencias de los *Principios* igual que del *Marco*, por su sesgo favorable a las empresas, respecto a los derechos humanos en general y a los derechos de los pueblos indígenas en particular, así como también en relación a la protección de la naturaleza, algo no desvinculado de la propia garantía de tales derechos generales y específicos. ¿Es la última palabra? No por ahora. Las instancias no gubernamen-

tales de derechos humanos deben desde luego guardarles deferencia a unos tales *Principios*, pero nunca olvidemos que son organismos independientes. No todos han reaccionado con un respaldo de entrada tan incondicional como el que hemos visto prestar al relator especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ante el propio Consejo<sup>175</sup>.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el supervisor del Pacto Internacional homónimo cuyo artículo primero proclama el derecho a la libre determinación de *todos los pueblos*, hizo público en la segunda mitad de 2011 una *Declaración sobre las obligaciones de los Estados partes en relación con el sector empresarial y los derechos económicos, sociales y culturales*. Entre las directrices a las que se hace referencia no falta *Proteger, Respetar, Remediar* y sus *Principios*, pero no es exactamente su planteamiento el que se sigue. Presenta una interpretación de la tríada en términos de *Respetar, Proteger, Garantizar* reafirmando y reforzando el alcance normativo de los derechos humanos mediante la acción de los Estados de cara a las empresas. El acuerdo de esta *Declaración sobre las obligaciones de los Estados partes en relación con el sector empresarial y los derechos económicos, sociales y culturales* fue, de hecho, paralelo al de la adopción final de los *Principios de Proteger, Respetar, Remediar* por parte del Consejo de Derechos Humanos. Ya es un primer contrapeso.

He aquí sus expresiones: «Por respetar los derechos se entiende que los Estados partes han de garantizar la conformidad de sus leyes y políticas sobre las actividades empresariales con los derechos económicos, sociales y culturales [...]. Proteger los derechos significa que los Estados partes deben ofrecer una protección eficaz a los titulares de derechos contra las violaciones de sus derechos económicos, sociales y culturales en las que intervengan agentes empresariales, mediante la adopción de leyes y reglamentos adecuados y de procedimientos de vigilancia, investigación y rendición de cuentas para establecer y hacer cumplir las normas de actuación empresarial [...]. Para garantizar el ejercicio de los derechos, los Estados partes han de comprometerse a obtener el apoyo del sector empresarial para hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales», compromiso que no deja de extenderse explícitamente a «los Estados partes de origen de las empresas que realizan actividades en el extranjero» suyo.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial se ha venido significando, junto al de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por su activismo respecto a la exigencia de las obligaciones de los Estados de someter a las empresas al respeto de los derechos humanos, línea que no se altera ahora por causa de los planteamientos más laxos que trae *Proteger, Respetar, Remediar*. No hay contaminación. En la segunda mitad de 2011, por ejemplo, se dirige este Comité al Reino Unido de la Gran Bretaña expresándole su preocupación por «los efectos negativos de operaciones de empresas transnacionales registradas en el Estado parte que se llevan a cabo fuera de su territorio y afectan a los derechos de

175. Los documentos que se citan en este apéndice pueden encontrarse todos ellos en F. MacKay (ed.), *Compilación de jurisprudencia de los órganos de los tratados de la ONU y de las recomendaciones del Consejo de Derechos Humanos y sus procedimientos especiales y de la asesoría del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, 2011-2012, vol. V, disponible en línea, sitio del Forest Peoples Programme (<http://www.forestpeoples.org>).

pueblos indígenas», requiriéndole más en concreto, ante indicios en otra dirección, a que «se asegure de que no se introduzcan en su legislación obstáculos que impidan hacer valer de forma efectiva la responsabilidad de esas empresas en los tribunales del Estado parte cuando las violaciones sean cometidas fuera de su territorio». Hacia finales de 2012 es a la República del Ecuador a quien se dirige para lamentar que no se respeten los derechos de los pueblos indígenas con la excusa de «la importancia de los proyectos extractivos para el desarrollo económico del Estado parte», alegación hoy usual en América Latina.

El Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas que se creó por el Consejo de Derechos Humanos en 2011, al tiempo de adoptar los *Principios de Proteger, Respetar, Remediar* y de suprimir la instancia del representante especial del secretario general para la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales, ya ha podido comenzar a manifestarse. Conforme a su mandato constitutivo, rinde tributo a tales principios, como «norma internacional para prevenir y remediar las consecuencias adversas de las actividades empresariales para los derechos humanos», pero no es por su cauce por donde de entrada se insinúa. Ya entrado 2012 emite un primer informe. Abunda en que subsisten *dudas*, sobre todo respecto a los sectores que los *Principios* reúnen por considerarlos *vulnerables*, como «los pueblos indígenas, los niños, las mujeres, los trabajadores migratorios, los ancianos, las personas con discapacidad, los refugiados y las minorías étnicas, religiosas y de otra índole».

Ahora, para este Grupo de Trabajo, frente a lo augurado por los *Principios*, los pueblos indígenas se destacan dado que «resultan profunda y desproporcionadamente afectados por las actividades relacionadas con empresas». Se hace previsión de colaboración de «representantes de los pueblos indígenas», un detalle preceptivo para el propio derecho internacional que *Proteger, Respetar, Remediar* había olímpicamente obviado. Los mismos *Principios* cabe que sean insuficientes: «Es posible que las empresas deban tener en cuenta otras normas. Por ejemplo, las empresas deben respetar los derechos humanos de las personas pertenecientes a grupos o poblaciones específicos», como también, en estos términos, «los derechos de los pueblos indígenas», no solo de personas pertenecientes a los mismos, y ello conforme a «los instrumentos de las Naciones Unidas», instrumentos precisamente ignorados por *Proteger, Respetar, Remediar* y sus *Principios*, esto es, postergados por la *norma internacional* que tiene adoptada al efecto el Consejo de Derechos Humanos y avalada de inmediato ante el propio Consejo, sin precaución alguna, por el relator especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>176</sup>.

Para apreciar el horizonte a las alturas de finales de 2012, refirámonos finalmente al Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Avanzado este último año ha presentado al Consejo de Derechos Humanos un dictamen sobre *los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones con especial atención a las industrias extractivas*. Invoca *Proteger, Res-*

176. <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/ForumonBusinessandHR2012.aspx>, para ulterior información sobre estos primeros desenvolvimientos del Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas, más debidos comparativamente en su caso, por los términos de su mandato, a los *Principios*.

*petar, Remediar*, pero tampoco se atiene a sus pautas. Entre sus Principios no tiene cabida el primero que invoca: «la soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales», principio que deduce de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Conforme al principio, así es la conclusión, una conclusión en las antípodas de *Proteger, Respetar, Remediar* en cuanto interesa a los pueblos indígenas: «Considerando que los pueblos indígenas tienen soberanía permanente sobre los recursos naturales y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, según lo expuesto en el presente informe en relación con el marco jurídico y de política internacional, el derecho de los pueblos indígenas a participar en la adopción de las decisiones incluye también el derecho a no consentir la extracción de recursos, en ejercicio de su soberanía».

Haciendo caso más bien omiso de todo este panorama aún abierto, a principios de 2013 aparece en la red un voluntarioso y trabajado sitio con versiones en inglés, en castellano y en francés, el Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos, con este orden de factores que ya sabemos capaz de sesgar la invocación misma a derechos. Aunque sea iniciativa de buena fe, basta para el sesgo con que los Principios formulados por Ruggie, aprobación del Consejo de Derechos Humanos mediante, se tomen como una norma de derecho internacional<sup>177</sup>.

El principal mensaje que transmite el sitio es el de dar como ordenamiento definitivo el de esos Principios adoptados por un organismo intergubernamental de las Naciones Unidas sin cosechar el aplauso de sus instancias independientes de derechos humanos. El pulso continúa. Es una pugna no solo global, sino también y ante todo local; no solo entre Estados, sino también entre gentes. Aunque toda labor de escrutinio sea poca, no es la alta política la que tiene la última palabra en materia de derechos.

177. <http://www.business-humanrights.org/International/Espanol>.

## ¿HISTORIA DEL DERECHO SIN FRONTERAS? LOS DERECHOS HUMANOS COMO HISTORIA

Tal historia es solo una rama de la historia de la civilización occidental.

Lassa Oppenheim

¿Quién puede echar pestes de los derechos humanos?

Mark Mazower

### I. HISTORIA UNIVERSAL DEL DERECHO EN FALSO

A menudo, la historia del derecho pretende ser más, mucho más, de lo que es. La historia del derecho practicada profesionalmente por nuestras latitudes europeas y por algunas euroamericanas suele entender que encierra un valor universalista sin necesidad ni tan siquiera de plantearse con un alcance universal. Cuatro, al menos, son a mi entender las razones principales, bastante en todo caso interrelacionadas, por cuya virtud o, quizás, perversidad esta historiografía profesional con fondo de pretensiones universales no hace por lo común ni el intento de cubrir un espacio de universalidad:

1. La razón más obvia, solo en apariencia paradójica, es la de ser una historiografía que suele considerarse a sí misma como *nacional* en el sentido de estatal, teniendo al Estado como modelo universal para el establecimiento y, en su caso, la reposición del ordenamiento jurídico. Toma a la Nación con mayúscula, esto es, al Estado proyectado retrospectivamente, como el sujeto por excelencia protagonista. Ahora también sitúa en esta posición a la propia Europa, a una Europa compuesta de Naciones en el sentido siempre de Estados, ofreciéndose una historia en sustancia agregativa incluso cuando se toma en consideración la existen-

cia pretérita de un *ius commune*, un derecho común más o menos europeo, por cuanto que el acento se pone en la recepción diferenciada por espacios anacrónicamente nacionales o estatales. Como modelo para la universalización de derecho de matriz europea se piensa igualmente esa misma recepción, así proyectándola hacia toda la humanidad.

2. Otra razón es la del entendimiento bien arraigado en la historiografía jurídica profesional de que no toda la humanidad cuenta con derecho, con derecho propiamente dicho, sino que tan solo lo tendría, estrictamente tal, Europa, la Europa nuclear y la Europa de la diáspora, mientras que el resto más o menos extenso de la especie humana se regiría por usos, costumbres, tradiciones o, en suma, por un derecho consuetudinario que no resultaría derecho en sentido propio o no merecería consideración como tal de cara a la expansión de Europa. Derecho para la historia, estrictamente derecho, sería el *ius civile*, aquel *ius commune*, o igualmente el *common law*, este otro ordenamiento también dicho común, en su caso anglosajón, para nada, en cambio, o poco menos, todo el resto. Este dilatado o disminuido remanente habría de ser objeto de antropología, no de ciencia jurídica. Antropología quiere también decir en este contexto intemporalidad relativa, ausencia de historia real, pasado en el presente, particularidad no universalizable. Lo mismo que por sí el derecho, una historia universal suya solo podría proceder de Europa y presidirla ella.

3. La razón de que no todo lo que se llama derecho sería derecho opera a más efectos. Por derecho se tiene al derecho dicho positivo, ya se lo entienda predominantemente como jurisprudencial o como legislativo; el derecho que cuenta con instituciones para llevarse a la práctica y esta práctica misma cuando responde a tales mecanismos de jurisprudencia y de ley o también de costumbre cuando se sitúa en su contexto, el caso de la costumbre no antropológica, la que se da en medios de *ius commune* o de *common law*, de estos ordenamientos europeos dichos comunes, la cual, la costumbre de estas matrices, sí constituye objeto de historia jurídica, no de antropología. En los mismos medios habría otro derecho que no sería derecho, el que se reduce o quiere reducirse a ideología, programa o mera aspiración. ¿Un ejemplo? Los derechos humanos, que no presentarían la consistencia para ser objeto de historia. Extrañamente, los derechos humanos no se consideran por la historiografía profesional como base para una historia universal del derecho.

4. Hay otras razones, como la del síndrome del fin de la historia. La historia jurídica profesional se plantea como historia que llega al presente sin abarcarlo. Su objeto habría de ser solo el pasado, un pasado que no llega hasta hoy, sino hasta el momento en el que el presente, un presente comparativamente más estático y poco menos que definitivo, se considera que comienza. Con base en las razones precedentes, pues el conjunto está

concatenado, solo entonces un hilo rojo de continuidad se mantendría, precisamente el de la presunción de universalidad, lo que el constitucionalismo heredaría de la historiografía o viceversa, lo que la historiografía ha asumido de un constitucionalismo de factura cultural recalcitrantemente europea, de Europa y de su diáspora. Europa estoy diciendo en sentido cultural, no necesariamente historiográfico.

Por poner un solo ejemplo, en España hay quien teoriza que el pasado como objeto de la historia del derecho concluye en Cádiz-1812, esto es, en el primer constitucionalismo que puede decirse de generación española como pórtico hacia un presente. Ejemplos no es que falten. De forma explícita o implícita, con unos o con otros lindes, posiciones equivalentes operan en las historias del derecho nacionales o estatales, agregadas o por separado. Habría un cierto momento constituyente en el que la competencia ya ha de recaer primordialmente en la ciencia jurídica, con o sin la colaboración de la historiografía; o bien se entiende, con análogos efectos, que estaríamos ante el arranque de una historia ya formalmente constitucional conectando con el derecho actual como campo así distinto al de la historia propiamente dicha. Solo la historia *constitucional*, a veces retroproyectada, o también, más en general, una historia de *códigos* de Estados, la historia que ya sería más derecho que historia, abrazaría al presente. A escala menor, la pretensión de universalidad también se daría en un espacio latamente hispano que se vincularía a uno anglosajón o también al francés producido por revoluciones. Esto marcaría la historia universal jurídicamente relevante.

A su vez, en momento ulterior siempre de un ciclo o de una serie de ciclos que se entienden legítimamente expansivos o cuya expansividad sencillamente se presume y, con esto, impulsa, cuando el derecho comienza a desestatalizarse y, por tanto, a poder universalizarse, llegándose, por ejemplo, a la formulación de derechos constitucionales en términos de derechos predicados como humanos, la historia definitivamente concluiría para dar paso al presente más actual, a un presente que no sería objeto de historia ni siquiera en el caso de que los derechos humanos llegasen a presentar alguna consistencia. De esto particularmente voy aquí a ocuparme.

## II. HORIZONTE EUROPEO DE UNA HISTORIA MÁS QUE EUROPEA

Como contraste para lo que me dispongo a exponer, he comenzado por una sumarisísima descripción de unas posiciones que conocen desde luego matices, variantes y salvedades de las que aquí puede hacerse gracia. Son tendencias creo que fáciles de identificar, sin necesidad de mayor ilus-

tración, por parte al menos de quienes practican profesionalmente la historia del derecho y el derecho mismo. Fácilmente también se comprenderá que no se agoten razones ni se multipliquen casos que poco, unas y otros, añadirían. Por ejemplo, se puede decir que la actual historia jurídica de Europa como sujeto no es solo agregativa, pues hay una tendencia que la unifica desde tiempos antiguos por vía fundamentalmente del derecho romano, pero la misma se plantea sobre idéntica pretensión de universalización del derecho europeo con un desentendimiento todavía más profundo respecto al carácter históricamente ni estatal ni pluriestatal de los ordenamientos jurídicos por nuestros lares, pese cuanto pese al *ius commune*, a este derecho común de parte de Europa y de su diáspora<sup>1</sup>. Así creo que podríamos seguir matizando sin añadir gran cosa a un cuadro que tan solo intenta situarnos de partida.

Para nadie es un misterio, ni siquiera del todo para ella misma, que tal historiografía presuntamente universalizable es una historia encerrada entre confines. Sus historias consisten en narrativas y recorridos con unas marcadas fronteras en parte conscientes y en parte inconscientes, en algo superables y en bastante insuperables para la correspondiente historiografía, sean fronteras de nación, sean fronteras de Europa, ya nuclear ya de la diáspora, sean fronteras de antropología o como tal percibidas, sean fronteras del constitucionalismo, sean fronteras incluso, como habremos de ver, de los derechos humanos, sean también combinaciones entre unas y otras fronteras; en todo caso, fronteras y más fronteras, fronteras tanto exteriores como internas. En estas, en las internas, también habremos de interesarnos, pues son las que menos suelen advertirse.

En este contexto, no han faltado momentos de planteamiento y confección en directo de una historia universal que no escapa a tales mismas coordenadas; historia, por ejemplo, de la diáspora del *ius civile* o *commune* y la del *common law* confrontados con unos escenarios de antropología destinados a ceder ante el empuje universalista de ese tándem; o historia también de un derecho mercantil, *ius mercatorum*, igualmente expansivo, potencialmente universal, en su caso arrasando sin esa disociación interna<sup>2</sup>.

1. De ello me ocupó últimamente en B. Clavero, «Gracia y derecho entre localización, recepción y globalización (Lectura coral de las vísperas constitucionales de António Hespanha)»: *Quaderni Fiorentini* (en adelante, en este capítulo, QF), 41 (2012), pp. 675-763. Sobre el ejemplo hispano del prolegómeno, J. M. Portillo, «El tiempo histórico del primer constitucionalismo en el Atlántico hispano. Balance y perspectivas»: *Almanack* (Departamento de História da Universidade Federal de São Paulo), 4 (2012), pp. 101-112; B. Clavero, «Cádiz, 1812: Antropología e historiografía del individuo como sujeto de Constitución»: QF, 42 (2013), por publicarse.

2. De esto último podría registrarse hasta algún clásico aparente: L. Goldschmidt, *Storia Universale del Diritto Commerciale* [1875], Turín, Unione Torinese, 1913; P. Rehme, *Historia universal del Derecho Mercantil* (1914), Madrid, Revista de Derecho Privado,

Son formas de historia universal, se presenten o no como tal, que han tenido continuidad en la veste de una especialidad dicha de derecho comparado alimentando análoga ambición de signo universalista y con el mismo peso de fronteras que, si se perciben y reconocen, es para mejor avasallarlas. Renuncio de nuevo a ilustrar lo que requeriría una nota repleta de referencias y puntualizaciones que poco aportarían a nuestros efectos, no digo a otros. Baste en su lugar con una constancia a la contra de las pretensiones constitutivamente imperialistas del *derecho comparado*, de este trasunto de historia universal en falso<sup>3</sup>.

Junto a ese retoño del derecho dicho comparado, las historias universales del derecho al uso, se presenten como tales o presuman sin más su alcance, resultan empresas culturalmente supremacistas y, con ello, incapaces de una mínima universalidad, de alguna universalidad no imaginaria. La referencia es Europa. El universo lo define Europa. La regla la constituye Europa. Conoce excepciones y además ciertamente numerosas, pero, como tales, por mucho que duren, sujetas a caducidad para la visión europea. Por Europa repito que no indico un lugar geográfico, el de la península occidental de Asia que se figura a sí misma como continente exento, sino un *locus* cultural con toda su extensión no solo poblacional por el planeta y con todas sus pretensiones de presencia en el universo. Para una historia universal del derecho que sea digna de su nombre, de lo que vamos a ocuparnos, el primer problema es que el espacio se encuentra ocupado por una historiografía indigna del mismo, impidiendo que la misma carencia se perciba. Europa y su diáspora han de comenzar por retraerse a su lugar cultural singular entre culturas múltiples, aunque solo fuere para abrir espacio<sup>4</sup>. Espacio ha de ser de justicia, el espacio al cabo de los derechos humanos. Para mayor opacidad y bloqueo, la ocupación incluso se produce directamente por productos sucedáneos, estos, que hacen historia de *derechos* en términos entre ideales y ficticios.

Cuando, desde perspectiva cultural europea, viene a hablarse de *common law of human rights* o de *ius commune de droits de l'homme*, de

do, 1941, aun con lo de «universal» en el título como añadidura de una traducción no ajena en todo caso a su designio, un designio de hegemonía germana en concreto. La universalidad europea no solo se concibe en términos franceses o británicos. En los títulos de la literatura respectiva a la expansión global, ya del *ius civile* o *civil law*, ya del *common law*, no resulta usual empleo tan ostensible de adjetivo tan rotundo.

3. J. González Jácome, «El uso del derecho comparado como forma de escape de la subordinación colonial»: *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 7 (2006), pp. 295-338.

4. D. Chakrabarty, *Provincializing Europe: Postcolonial Thought and Historical Difference*, Princeton, Princeton University Press, 2000; W. D. Mignolo, *Local Histories/Global Designs: Coloniality, Subaltern Knowledges, and BorderThinking*, Princeton, Princeton University Press, edición ampliada, 2012; T. Duve, «Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive»: *Rechtsgeschichte – Legal History* (revista en línea: <http://rg.rg.mpg.de/Rg20>), 20 (2012), primer artículo.

derechos del hombre del *droit civil* en su sentido más extenso; cuando se habla de estos derechos *comunes* ambos presuntamente ahora fundados en derechos humanos y promotores de los mismos, ni el objeto ni la perspectiva resultan universales. No pueden, aunque quieran y se esfuerzen. Pesa el lastre del supremacismo arrastrando su mapa de fronteras más culturales que geográficas. Las que más cercanamente pesan son las constitucionales, unas fronteras de Estado que no se superan por muchos préstamos transfronterizos que se produzcan entre jurisdicciones bajo el entendimiento de tránsito y participación de derechos humanos o porque en espacios regionales interestatales vengan a reconocerse y garantizarse derechos bajo ese nombre de *derechos humanos* sin condicionamiento estricto de ciudadanía, pero en relación a determinados Estados no extensibles fuera del área regional del caso, la europea en el nuestro<sup>5</sup>. Su eventual historia no es la historia universal sobre la que aquí en rigor nos interesamos. Ya se ha iniciado también con buen pulso una historiografía de derechos predicados como humanos a escala regional europea<sup>6</sup>, pero no va aquí a ocuparnos. La confusión imperante entre derechos constitucionales, ya estatales, ya interestatales, y derechos humanos la afrontaremos.

¿Y qué decir de los derechos humanos mismos a la escala potencialmente universal que, a efectos de acreditación y aseguramiento, ha de serle propia? ¿Pueden y deben ser objeto de estudio histórico? La primera impresión es negativa, sencillamente por la evidencia de que una tal historia brilla por su ausencia. No existe<sup>7</sup>. Recientemente ha podido escribirse que es difícil encontrar un objeto con más literatura desiderativa y con menos análisis histórico que el de los derechos humanos: «Lo que tenemos es mucha teoría, mucha filosofía, muchas propuestas políticas, muchas exhortaciones», pero no historia, no una historia como tampoco

5. C. McCrudden, «Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights»: *Oxford Journal of Legal Studies*, 20-4 (2000), pp. 499-532, luego en K. O'Donovan y G. R. Rubin (eds.), *Human Rights and Legal History: Essays in Honour of Brian Simpson*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 29-65; A. Hallo de Wolf y D. H. Wallace, «The Overseas Exchange of Human Rights Jurisprudence: The U.S. Supreme Court in the European Court of Human Rights»: *International Criminal Justice Review*, 19-3 (2009), pp. 287-307.

6. A. W. B. Simpson, *Human Rights and the End of Empire; Britain and the Genesis of the European Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2001; K. O'Donovan y G. R. Rubin (eds.), *Human Rights and Legal History*.

7. Como botón de muestra, obsérvese que la joven revista *Journal of Global History*, publicada desde 2006 por la Cambridge University Press, solo se ha ocupado hasta el momento de la historia de los derechos humanos por algún artículo suelto, que citaré, y, más lateralmente, por alguna reseña historiográfica. Para una inclusión limitada de los derechos humanos en «historia global», B. Mazlish, *The New Global History*, Nueva York, Routledge, 2006, pp. 46-47; más resultadamente, el mismo B. Mazlish, *The Idea of Humanity in a Global Era*, Nueva York, Palgrave MacMillan, 2009, cap. 6.

una sociología que expliquen. Justamente, pero quien escribe esto, un autorizado historiador del derecho americano, quiero decir, estadounidense, se carga con la misma hipoteca y no advierte la aportación preciosa de una historiografía que acude a poner los cimientos de una historia ya no ideológica de los derechos humanos, la historiografía de la que voy a ocuparme. Que los derechos humanos no se reducen a ideología inoperativa a estas alturas, aunque solo sea por su predicamento social, es una evidencia de la que también parte el referido autor<sup>8</sup>.

Es también una evidencia de que ahí, en los derechos humanos, hay una historia que es historia del derecho. Las mismas Naciones Unidas respaldan y fomentan esta historiografía, lo que nos pone ante una nueva versión de la historia *ad usum delphini*, digamos que al servicio del ordenamiento, como en tiempos decimonónicos de la historiografía de Estados o también del derecho internacional<sup>9</sup>. Para que funcione, ha de encomendarse a personas profesionalmente competentes y culturalmente plurales, pero que no pueden sustraerse a la inspiración apologética de fondo<sup>10</sup>. Por otra parte, la concepción idealista de los derechos humanos ha fomentado una historiografía entre ilusa y extremada que sitúa sus orígenes y expone su desarrollo con perfecta seriedad, ya desde la filosofía griega y el derecho romano, ya desde el derecho canónico de las Iglesias cristianas, ya desde la Europa moderna tan ilustrada como supremacista...<sup>11</sup>, en vez que a partir de unas evidencias: los derechos

8. L. M. Friedman, *The Human Rights Culture: A Study in History and Context*, Nueva Orleans, Quid Pro, 2011, p. 6: «Lo que tenemos es mucha teoría, mucha filosofía, muchas propuestas políticas, muchas exhortaciones». L. M. Friedmann es el autor de *History of American Law* (1973) y *American Law in the 20<sup>th</sup> Century* (2003), donde no prestaba atención al derecho internacional de los derechos humanos en la medida de su vigencia en los Estados Unidos. Cabe considerar los tres volúmenes como una trilogía, aunque no se presenten así.

9. La primera cita de encabezamiento de este capítulo reclamando historia *ad usum delphini* procede de L. Oppenheim, «The Science of International Law: Its Task and Method»: *The American Journal of International Law*, 2-2 (1908), pp. 313-356 (p. 137). Para constatación de su exceso, M. Craven, M. Fitzmaurice y M. Vogiatzi (eds.), *Time, History and International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007.

10. [www.unhistory.org](http://www.unhistory.org) conduce a información sobre los volúmenes publicados en la United Nations Intellectual History Project Series (UNIHP), serie editada por la Indiana University Press; para un balance prematuro, R. Jolly, L. Emmerij y T. G. Weiss, *The Power of UN Ideas: Lessons from the First 60 Years. A Summary of the Books and Findings from the United Nations Intellectual History Project*, Nueva York, UNIHP, 2005.

11. J. N. Wasserstrom, G. Grandin, L. Hunt y M. B. Young (eds.), *Human Rights and Revolutions*, Plymouth, Rowman and Littlefield, 2000; P. G. Lauren, *The Evolution of International Human Rights: Visions Seen*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2003; J. E. Lewis, *A Documentary History of Human Rights: A Records of the Events, Documents, and Speeches that Shaped our World*, Nueva York, Carroll and Graf, 2003; M. R. Ishay, *The History of Human Rights: From Ancient Times to the Globalization Era*, Berkeley, University of California Press, 2004, con nuevo prólogo, 2008; J. M. Heady, *The Europeani-*

humanos no surgen ni siquiera de los *rights of man* o *droits de l'homme* concebidos como derechos constitucionales de ámbito estatal excluyentes de mujeres, trabajadores y gentes no europeas; comienzan a idearse en contextos imperiales como forma de legitimación del dominio colonial; su formulación por las Naciones Unidas conecta inicialmente con la función colonialista... Esto habremos de verlo. La exclusión de mujeres, trabajadores y gentes no europeas marca desde luego fronteras internas del constitucionalismo en su tracto histórico<sup>12</sup>.

Eso último del origen colonial de los derechos humanos de las Naciones Unidas consta ya con cierto lujo de detalles gracias a la historiografía independiente y crítica sobre los derechos humanos que, frente a la fuerza de los intereses y de las ideologías, solo ha comenzado a plantearse en estos últimos años. De esta historiografía, una historiografía todavía incipiente, voy a ocuparme. Creo que interesa no solo por su valor intrínseco para el conocimiento de un determinado capítulo de la historia del derecho, el de los derechos humanos a escala general, sino también por su potencial consiguiente de germen de una historia universal, de una historia sin fronteras al menos exteriores. Si esta historiografía de los derechos humanos acaba ofreciendo en el futuro una historia universal será por méritos, no propios, sino de su objeto, de un derecho que, como el de los derechos humanos desarrollado por las Naciones Unidas, comenzó a dejar de ser mera ideología en los años sesenta del siglo pasado, aunque esto sin romper todavía amarras con el lastre colonial de su concepción imperialista; dicho de otro modo, manteniendo fronteras internas muy vinculadas al supremacismo de la cultura constitucional de raíz europea. Esto significa que hay mucha historia del derecho por hacer. Es lo que intento que pasemos a ver para que pensemos en hacernos cargo.

En todo caso, con o sin nosotros, la universalidad avanza, una universalidad que no se construye precisamente por la historiografía, sino por el derecho mismo, y no mediante recepción, sino por cooperación, por trabajo en común no siempre coordinado. De esto, de un presente que es historia y puede ser historiografía, quiero ocuparme. No se trata de una reseña bibliográfica, sino de una reflexión historiográfica. Quiere ser un

*zation of the World: On the Origins of Human Rights and Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2007; L. Hunt, *Inventing Human Rights: A History*, Nueva York, W. W. Norton, 2007; J. Mahoney, *The Challenge of Human Rights: Origin, Development, and Significance*, Oxford, Blackwell, 2007; S. James, *Universal Human Rights: Origins and Development*, Nueva York, LFB, 2007..., cometiendo consciente una flagrante injusticia por la suma desigualdad que impera en este muestrario de títulos.

12. Para un reciente registro acrítico de asimilaciones ahistóricas entre *rights of man* y *human rights*, lo que es al fin y al cabo posición bastante común, D. J. Whelan, *Indivisible Human Rights: A History*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2010, pp. 210-211.

momento reflexivo en una línea de trabajo que vengo desarrollando en estos últimos años y haciéndola pública por entregas gracias a la hospitalidad de los *Quaderni Fiorentini* de los que estuvimos justamente celebrando en 2012 el cuadragésimo aniversario<sup>13</sup>.

### III. ¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE DERECHOS HUMANOS?

O, dicho mejor, ¿de qué hablamos cuando hablamos de un derecho de derechos humanos, de un orden que los reconozca, defienda y promocio-ne, de un ordenamiento que pueda ser objeto de historia estrictamente jurídica? La categoría de *derechos humanos* parece precisa y diáfana, pero su mismo uso historiográfico pone de relieve que es incierta y escurridiza. Cualquier expresión o exigencia de dignidad humana en la historia, incluso restringiéndose a una humanidad determinada, se toma como formulación y requerimiento de derechos humanos. Mas estos suponen algo más; ante todo, el reconocimiento de título accionable por parte de un titular concebido en términos y por razón de pertenencia a la humanidad. Los derechos humanos han de ser ante todo *derechos* en su sentido fuerte de títulos de acreditación de libertad; solo acto seguido, *humanos* sin acepciones añadidas, esto es, derechos no reconocidos y garantizados por pertenencia a una comunidad política, estatal o interestatal, sino por condición humana. Durante el largo tiempo de la historia en el que no se concibe el ser humano en cuanto tal, aunque fuese restrictivamente, como sujeto de derecho, no cabe ni por asomo la mínima noción de derechos humanos<sup>14</sup>. Si una historia de los derechos humanos ha de situarse en el terreno de la historiografía del derecho, como parece que corresponde, es el primer punto que tenerse en cuenta. Habrá de interesarle, no ideario alguno de derechos humanos comoquiera que se expresase, sino derecho de los derechos humanos, *human rights law*.

13. B. Clavero, «Europa entre la historia y el derecho o bien entre postcolonial y preconstitucional»: QF, 33-34 (2004-2005), pp. 509-607; «Bioko, 1837-1876: Constitucionalismo de Europa en África, Derecho Internacional Consuetudinario del Trabajo Mediante»: QF, 35 (2006), pp. 429-556; «'No Distinction Shall Be Made'. Sujeto sin derechos y enemigo sin garantías en la Declaración Universal de Naciones Unidas, 1945-1966»: QF, 38 (2009), pp. 1547-1620 (aquí, capítulo 1.º); «Cláusula colonial en el derecho internacional y alguna otra contrariedad para la historia de los derechos humanos»: QF, 40 (2011), pp. 1061-1098 (aquí, capítulo 2.º); «¿Globalización del constitucionalismo? Transnacionalidad de empresas entre poderes y derechos en tiempos postcoloniales, 1947-2011»: QF, 41 (2012), pp. 483-580 (aquí, capítulo 3.º). Este capítulo ya he dicho que procede de la celebración de dicho aniversario de los QF.

14. B. Clavero, «La máscara de Boecio. Antropología del sujeto persona e individuo, teología y derecho»: QF, 39 (2010), pp. 7-40.

Si unos derechos se predicán realmente como humanos, su reconocimiento ha de producirse en el ámbito de tal derecho internacional general o, al efecto, de un ordenamiento supraestatal sin excepción de Estado, al menos esto en principio y como empeño. Fuera de este ámbito, los derechos humanos de alcance universal no tienen la posibilidad de alcanzar a constituir derecho en sentido estricto. Precisadas así las cosas, los derechos humanos tienen una fecha de concepción, aunque todavía sea germinal. Se sitúa en 1945, en el momento en que la flamante organización de las Naciones Unidas los adopta como principio y fundamento en su Carta fundacional: «Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos [...] a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas [...]», proceden a la fundación. En los derechos humanos realmente se abunda por la Carta de las Naciones Unidas: «Los Propósitos de las Naciones Unidas son: [...] Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión [...]», en lo que se reincide con referencia a los cometidos de los órganos principales de la nueva organización (arts. 1.3, 13.1.b, 55.c, 62.2, 68 y 76.c). He ahí la concepción de los derechos humanos como títulos acreditados a las personas sin distinción discriminatoria por parte de un nuevo orden internacional. Ahí comienza una historia del derecho de radio, si no ya incluso de objeto, potencialmente universal<sup>15</sup>.

Sin embargo, la historia de los derechos humanos de las Naciones Unidas suele hacerse arrancar centrándose, no en 1945, sino en 1948, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, lo que a mi entender puede ya, por sí solo, limitar seriamente la perspectiva. Hoy se cuenta con una historia bien documentada acerca de la confección de la Declaración Universal, así como de la gestación de otros instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas que, como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, comenzaron a in-

15. [treaties.un.org/doc/Publication/CTC/uncharter.pdf](http://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/uncharter.pdf) da acceso a la edición impresa príncipe de la Carta de las Naciones Unidas en la lengua de trabajo que fue el inglés, impresión realizada y certificada por la Secretaría de Estado de los Estados Unidos, *Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice*, San Francisco, 1945. En el mismo impreso, efectivamente, se incluye el renovado Estatuto de la neonomada Corte Internacional de Justicia sin referencia alguna a *human rights*, lo que es bien sabido, pues no puede estar más a la vista, y no suele, empero, destacarse como dato ciertamente extraño y chocante en el nuevo contexto.

roducir procedimientos de vinculación de los Estados mediante supervisión de sus normas y de sus políticas<sup>16</sup>. No es, sin embargo, esta historiografía a pie de documento cercano y sin contraste la que nos ofrece una ubicación suficiente para evaluar la significación de este arranque de una historia universal del derecho o que pudiera llegar a serlo<sup>17</sup>. Más incisiva resulta una historiografía que comienza por centrarse en 1945, en el momento de la fundación de las Naciones Unidas, poniendo en relación y comparación con la organización internacional a la que estas sucedían, la Liga o Sociedad de Naciones. Pues creo que se lo merece, personifiquemos esta otra historiografía, la más interesante a nuestros efectos, en la obra del historiador británico Mark Mazower<sup>18</sup>.

A lo que aquí nos importa, Mazower comienza justamente por hacer que nos extrañemos de la entronización internacional de los derechos humanos en el momento de la fundación de las Naciones Unidas, lo cual entiende que requiere una explicación distinta a la aparente e inverosímil de un compromiso tal con los derechos por parte de los Estados que acordaron la Carta en 1945. Aparecen entonces un par de cuestiones usualmente descuidadas por la historiografía de los derechos humanos. Son las razones de la extrañeza: una, la discontinuidad de los derechos de las minorías en el derecho internacional; la otra, la continuidad del colonialismo en el mismo ámbito. A la luz de este doble contexto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos arroja una imagen bien diversa a la que se ha venido labrando. Resulta que se planteó de modo que legitimara, no ya a las propias Naciones Unidas, sino también a la

16. J. Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights: Origin, Drafting and Intent*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 1999; D. J. Whelan, *Indivisible Human Rights: A History*.

17. D. J. Whelan, *Indivisible Human Rights: A History*, ofrece ahora una historia documentada del proceso de elaboración de los Pactos Internacionales y sus protocolos concediéndoles por regla general crédito a las argumentaciones de los Estados «occidentales» obrantes en actas sin más contraste que el de testimonios tan culturalmente sesgados como el de los diarios del entonces director de la División de Derechos Humanos del Secretariado de las Naciones Unidas, el canadiense John Humphrey, diarios publicados bajo el desorbitado título *On the Edge of Greatness* [En el filo dela grandeza] (Montreal, McGill University Libraries, 1996). Conviene reparar en detalles como este a fin de aquilatar la extrema dificultad para que se abra paso una historiografía menos ideologizada, como la que a continuación vamos a considerar.

18. [www.mazower.com](http://www.mazower.com) es su sitio. Para la obra que más específicamente nos interesa, M. Mazower, «The Strange Triumph of Human Rights, 1933-1950»: *The Historical Journal*, 47-2 (2004), pp. 379-398; «An International civilization? Empire, internationalism and the crisis of the mid-twentieth century»: *International Affairs*, 82-3 (2006), pp. 553-566; version ampliada, «The End of Civilization and the Rise of Human Rights: The Mid-Twentieth-Century Disjuncture», en S. L. Hoffmann (ed.), *Human Rights in the Twentieth Century*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011, pp. 29-44; *No Enchanted Palace: The End of Empire and the Ideological Origins of the United Nations*, Princeton, Princeton University Press, 2009.

continuidad y discontinuidad dichas, la continuidad del colonialismo y la discontinuidad del derecho internacional de las minorías. Mazower sobre todo destaca esto segundo, dada su experiencia como historiador con ese atropello sumo a las minorías que fueran las políticas de limpieza étnica en Europa por tiempos de la Liga de las Naciones<sup>19</sup>. Conviene subrayar la continuidad institucional que se dio entre esta y las Naciones Unidas, pese a la rendición de la primera ante el nazismo, por acción de un Estado que no había pertenecido a la Liga, precisamente los Estados Unidos<sup>20</sup>.

Por su parte, la Liga de Naciones no solo había avalado unos cuantos casos de limpieza étnica, sino que también en sentido diverso, como es más sabido, había emprendido una política de fomento de derechos constitucionales de las llamadas minorías, en un sentido cualitativo de sectores de población de cultura distinta a la predominante en un Estado arraigados en zonas comprendidas dentro sus fronteras internacionales. La desarrolló respecto a un ámbito geográfico bastante limitado comprometiendo a algunos contados Estados a través de tratados. Hubo más al respecto. El planteamiento de derechos de las minorías tuvo una pujanza mayor por debatirse y elaborarse también respecto a algún pueblo sin territorialidad propia como, por entonces, el judío<sup>21</sup>. La Liga de Naciones se guardó mucho de reconocer con algún carácter general derecho de las llamadas minorías o de pueblos sin Estado, pues esto sencillamente hubiera puesto en cuestión el colonialismo. El caso era que las Naciones Unidas podrían haber asumido ese legado dando este paso, pero decidieron no hacerlo. Además, como organización internacional de vocación global, las Naciones Unidas estaban de partida más capacitadas para garantizar derechos de pueblos y minorías que para conferirles alguna eficacia a la asunción y proclamación de derechos humanos. Esto es lo que ofreció la coartada. La forma de encubrir dicha decisión fue la de consignar en la Carta derechos calificados como humanos en vez de, con carácter ahora igualmente general, el derecho ya existente de derechos

19. M. Mazower, *Dark Continent: Europe's Twentieth Century* (1998), Nueva York, Vintage, 2009; *Salonica, City of Ghosts: Christians, Muslims and Jews 1430-1950* (2005), Nueva York, Vintage, 2006. *Dark Continent* además arranca con un buen panorama de las transformaciones del constitucionalismo de Estados en Europa entre los años veinte y treinta del siglo pasado (la edición española lleva el título de *La Europa negra. Desde la Gran Guerra a la caída del comunismo*, Barcelona, Ediciones B, 2001). Sobre políticas de limpieza étnica como contexto europeo de la misma adopción internacional de los derechos humanos, Keith Lowe, *Savage Continent: Europe in the Aftermath of World War II*, Londres, Viking, 2012 (*Continente salvaje. Europa después de la Segunda Guerra Mundial*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2012).

20. M. Mazower, *Governing the World: The History of an Idea*, Nueva York, Penguin, 2012, cap. VII: «The League is Dead. Long Live the United Nations».

21. C. Fink, *Defending the Rights of Others: The Great Powers, the Jews, and International Minority Protection, 1878-1938*, Nueva York, Cambridge University Press, 2004.

de las minorías, sobre las que el mismo documento fundacional de las Naciones Unidas guarda elocuente silencio<sup>22</sup>.

De pueblo habla, en cambio, la Carta y de un modo además que, de entrada, en 1945, no lo identifica necesariamente con Estado o Nación por comparecer como sujeto de autodeterminación: «Los Propósitos de las Naciones Unidas son: [...] Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos [...]», con terminología así distintiva de *pueblos* junto a *naciones* en la que también se reincide (arts. 1.1 y 55). En el contexto de la Carta, *pueblo* se distingue de Nación o Estado por ser candidato a la autodeterminación no de presente, sino en algún momento de futuro a juicio sustancialmente del Estado o Nación que por entonces lo gobernase (arts. 73 y 76.b). En ninguna ocasión la Carta presenta *el principio de libre determinación* en términos de derechos y, aún menos, de derecho humano. Dicho de otro modo, de un modo que la Carta se cuida extremadamente en no utilizar, por la misma se mantiene el colonialismo con no menos fuerza ni menor resolución porque se entienda como transitorio.

El propio Mazower ha comprobado hasta qué punto la misma adopción de los derechos humanos por la Carta de las Naciones Unidas se debe a propuesta de parte colonialista, en concreto británica y más en concreto de la Sudáfrica que ya venía estableciendo las piezas del *apartheid*. El colonialismo entendía los *human rights* no solo como una cobertura, sino incluso como la base de su legitimación. Su misión sería la de infundirlos a unos pueblos que juzgaba sin capacidad de presente para valerse por sí mismos. No era tanto hipocresía moral como supremacismo cultural<sup>23</sup>.

No se trataba de una improvisación. Desde el siglo XIX venía fraguándose la ideología de los *human rights* o también de los *droits de l'homme* como punta de lanza colonial. Podían predicarse en serio a estos efectos<sup>24</sup>.

22. M. Mazower, «The Strange Triumph of Human Rights», en particular, entre lo más específico citado, de donde procede la segunda cita de encabezamiento, la de la necesaria maledicencia sobre los derechos humanos de las Naciones Unidas; también, con anterioridad, del mismo M. Mazower, «Minorities and the League of Nations in Interwar Europe»: *Daedalus. Journal of the American Academy of Arts and Sciences*, 126-2 (1997), pp. 47-63, y ahora *Governing the World*, pp. 317-331; J. Morsink, «Cultural Genocide, the Universal Declaration, and Minority Rights»: *Human Rights Quarterly*, 21-4 (1999), pp. 1009-1060.

23. M. Mazower, *No Enchanted Palace: The End of Empire and the Ideological Origins of the United Nations*, cap. I: «Jan Smuts and Imperial Internationalism»; también S. Dubow, «Smuts, the United Nations, and the Rhetoric of Race and Rights»: *Journal of Contemporary History*, 43 (2008), pp. 45-74.

24. Para evidencias respectivas, B. Ibhawoh, *Imperialism and Human Rights: Colonial Discourses of Rights and Liberties in African History*, Albany, State University of New York Press, 2007; A. L. Conklin, *A Mission to Civilize: The Republican Idea of Empire in France and West Africa. 1895-1930*, Stanford, Stanford University Press, 1997; puede ahora añadirse M. Schulz, «Defenders of the Right? Diplomatic Practice and International Law in

No cambiaba de forma sustancial la función colonialista de la alegación el hecho de que eventualmente pudieran predicarse *human rights* o *droits de l'homme* como reforzamiento en la competencia con otros colonialismos europeos o con otras formas de colonialismo, como la abiertamente esclavista en compasión con el esclavismo solapado del trabajo forzoso impulsado por la Gran Bretaña y por Francia. El contexto colonial determinaba el sentido y el alcance incluso de las mejores intenciones de inspiración humanitaria<sup>25</sup>.

En suma, la expresión *human rights* era en origen constitutivamente colonial por cuanto presumía que la parte colonizada no se encontraba en un estado de humanidad y que esto es lo que le aportaba la parte colonialista. No se propugnaban derechos humanos como premisa del ordenamiento, sino como objetivo del colonialismo. *Human rights* se predicaron más a los pueblos colonizados que a los colonialismos rivales. Estos estaban en el secreto. A ellos, a otros Estados colonialistas, se dirigía a su vez en todo caso el argumento. Lo pueblos colonizados experimentaban en carne propia el sentido de aquella predicación de derechos humanos. Tampoco se llevaban a engaño.

El origen colonial de los *human rights* parece locura, pero tiene método. Atendamos ante todo al sentido por entonces del sustantivo, de *rights* o de *droits*, unos derechos claramente sujetos a ordenamiento con fronteras internas, como la de la mujer, la del trabajador por cuenta ajena... o la de gentes de otras culturas<sup>26</sup>. Y *human*, el adjetivo, legitima el gobierno sobre estas sin su consentimiento. Por extrapolarse el concepto del ámbito constitucional al colonial no se cancelaban fronteras tan intestinas. Ni necesitaban reforzarse, aunque en casos, como el de la abolición del tráfico de esclavos no extensiva a la esclavitud misma, se hiciera desde luego algún intento eficiente. La invocación imperial de derechos humanos era predicación de futuro incierto, por condicionado, sometido a la condición de doblegamiento al dominio colonial hasta el punto de convertirlo en disciplina asumida, momento a partir del cual sería pensable el paso a la libre determinación. El planteamiento de fondo de la Carta de las Naciones Unidas responde a tal predicación colonial de los derechos humanos.

the 19<sup>th</sup> Century: An Historian's Perspective», en L. Nuzzo y M. Vec (eds.), *Constructing International Law: The Birth of a Discipline*, Fráncfort M., Klostermann, 2012, pp. 251-275.

25. Confróntense J. S. Martínez, *The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2012, cap. IV: «The Courts of Mixed Commission and the Abolition of Slave Trade», y B. Clavero, «Bioko, 1837-1876: Constitucionalismo de Europa en África, Derecho internacional consuetudinario del Trabajo Mediante».

26. B. Clavero, *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Madrid, Trotta, 2007.

Su formulación, sin embargo, se producía de forma exenta. Que un principio de libre determinación no se presente por la Carta como derecho humano implica que los derechos humanos no se presentan en ella como vinculados al entendimiento colonial de la autodeterminación. La Carta produce una desconexión entre ambos elementos consignando los derechos humanos por sí mismos y como derechos, por humanos, que, según ha podido apreciarse, han de producirse *sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión*. Esto tuvo un efecto inmediato que se hace a su vez presente acto seguidísimo tras la Carta, sin esperarse a un instrumento de derechos humanos que por entonces era todavía una incógnita ni siquiera además de consecución segura. Entre 1945, año de la Carta de las Naciones Unidas, y 1948, año de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, corre una intensa historia de materialización del sentido de los derechos humanos conforme comparecían, exentos y sin discriminación, en la primera, en la Carta de las Naciones Unidas, en este documento no solo fundacional de una organización internacional, sino también germinal, antes y más que la propia Declaración, de un derecho supraestatal de los derechos humanos.

#### IV. HISTORIOGRAFÍA DE DERECHOS VERSUS TRACTO COLONIAL

Entre 1945 y 1948 hay mucha historia, una intensa historia, que interesa a los derechos humanos, a esos derechos humanos registrados en la Carta de las Naciones Unidas. Es una historia que se pierde, empobreciéndose radicalmente la perspectiva, si la historiografía de los derechos humanos centra su arranque directamente en 1948. En sustancia se trata del eco inmediato que tuvo en medios significativos la proclamación de los derechos humanos por la Carta de las Naciones Unidas. Situaciones inhumanas comenzaron de inmediato a presentarse como efecto de la violación masiva de los derechos humanos reconocidos por las Naciones Unidas y que las Naciones Unidas tenían, por lo tanto, la obligación de afrontar. Caso bien elocuente fue el afroamericano. Organizaciones de afrodescendientes en Estados Unidos presentaron ante las Naciones Unidas, con su lenguaje de derechos humanos, alegatos contra la segregación<sup>27</sup>, contra

27. Se imprimieron entonces y uno al menos se ha reeditado: National Negro Congress, *A Petition to the United Nations on Behalf of 13 Million Oppressed Negro Citizens of the United States of America*, Nueva York, 1946; National Association for the Advancement of Colored People, *An Appeal to the World: A Statement of the Denial of Human Rights to Minorities in the Case of Citizens of Negro Descent in the United States and an Appeal to the United Nations for Redress*, Nueva York, 1947; ya tras la Declaración Universal y también después de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, Civil Rights Congress, *We Charge Genocide: The Historical Petition to the United Nations for*

una segregación que todavía incluso conocía formas encubiertas de esclavitud equiparables al trabajo forzoso entendido por el colonialismo como medio de inducción de disciplina social y cambio cultural<sup>28</sup>. La conexión entre segregacionismo racista de una parte, al que sobre la marcha se añadiría como asimilable el caso del *apartheid* sudafricano, y colonialismo de otra se efectuaba expresamente por dichas mismas denuncias de procedencia afroamericana. El propio caso de Sudáfrica evidenciaba el nexo<sup>29</sup>. El extremo que aquí nos interesa es el de que las denuncias se produjesen en términos de derechos humanos, de esos concretos derechos humanos proclamados por la Carta de las Naciones Unidas así comprometidas para chasco de quienes pensaban que los derechos humanos podían seguir funcionando como cobertura del colonialismo.

Desde algunas de las colonias sometidas a Estados europeos se asumió también con bastante rapidez el discurso de los derechos humanos no ya genéricos, sino reconocidos por las Naciones Unidas, colmando de sentido a su Carta fundacional a este respecto. Su principio de libre determinación de los pueblos comenzó a formularse en términos de derecho humano en virtud del principio de no discriminación *por raza* registrado en la Carta como regla de derechos humanos<sup>30</sup>. Por esta vía, entre 1945 y 1948, comenzaron a cobrar sentido las proclamaciones de la Carta y especialmente la de unos derechos humanos de vocación, como tales, universal. El universalismo de este derecho vino inicialmente a afirmarse desde el exterior de las Naciones Unidas en base a su documento fundacional. En este contexto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos históricamente aparece como una reacción a la contra. Los Estados Unidos decidieron impulsarla para que las Naciones Unidas tomaran las riendas no solo frente a la ofensiva afroamericana, sino tam-

*Relief from a Crime of the United States Government against the Negro People* [1951], Nueva York, International Publishers, 1970.

28. F. Cooper, *Decolonization and African Society: The Labor Question in French and British Africa*, Nueva York, Cambridge University Press, 1996; D. A. Blackmon, *Slavery by Another Name: The Re-Enslavement of Black Americans from the Civil War to World War II*, Nueva York, Anchor, 2008.

29. T. Borstelmann, *The Cold War and the Color Line: American Race Relations in the Global Era*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2001; C. Anderson, *Eyes off the Prize: The United Nations and the African American Struggle for Human Rights, 1944-1955*, Nueva York, Cambridge University Press, 2003; M. Lake y H. Reynolds, *Drawing the Global Colour Line: White Men's Countries and the International Challenge of Racial Equality*, Nueva York, Cambridge University Press, 2008.

30. T. Borstelmann, *The Cold War and the Color Line: American Race Relations in the Global Era*, caps. I y II; A. Eckert, «African Nationalists and Human Rights, 1940s-1970s», en S. L. Hoffmann, (ed.), *Human Rights in the Twentieth Century*, pp. 283-300. Para fenómeno similar de otro lenguaje con y tras la fundación de la Liga de Naciones, E. Manela, *The Wilsonian Moment: Self-Determination and the International Origins of Anticolonial Nationalism*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

bién, con el apoyo decidido de Gran Bretaña, Francia y Bélgica, frente al movimiento anticolonial. No se busquen estas evidencias entre la narrativa celebratoria de la Declaración Universal, la usual todavía al cabo<sup>31</sup>.

Eso explica una novedad esencial que la Declaración trae respecto a la Carta. Tras enconado debate sobre pueblos y minorías, y precisamente para la exclusión de cualquier mención ni a los unos ni a las otras, la primera decide hacer lo que no había hecho la segunda y esto es incluir, con todos los eufemismos (art. 2.2), el mantenimiento del colonialismo en sede de derechos humanos, en el mismo documento proclamatorio de los mismos, en su Declaración Universal, la cual contiene de este modo su propia denegación. Especial cuidado se puso en el objetivo de que pudiera seguir practicándose el trabajo forzoso y el genocidio cultural propios del colonialismo, esto incluso con el añadido de la paralela Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, un instrumento inoperativo durante largas décadas<sup>32</sup>. Los medios que padecían colonialismo, trabajo forzoso y genocidio se resintieron desde luego, pero no cejaron en su entendimiento de los derechos humanos. La prueba tiene nombre y fecha: Bandung-1955, ciudad y año donde y cuando Estados africanos y asiáticos acordaron proclamar como derecho humano el derecho a la libre determinación de los pueblos. Con esto mantenían frente a las posiciones todavía imperantes en las propias Naciones Unidas el sentido genuino del concepto de derechos humanos<sup>33</sup>. Continuaban la historia que se había iniciado entre 1945 y 1948 sin esperar a que las Naciones Unidas se decidieran a concretar su entendimiento de los derechos humanos<sup>34</sup>. Por su parte, desde aquellos mismos años cincuenta, pese al

31. M. Agi, *René Cassin, 1887-1976. Prix Nobel de la Paix. Père de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, París, Perrin, 1998; M. A. Glendon, *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, Nueva York, Random House, 2001; C. T. Curle, *Humanité: John Humphrey's Alternative Account of Human Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 2007.

32. B. Clavero, *Genocide or Ethnocide, 1933-2007: How to Make, Unmake and Re-make Law with Words*, Milán, Giuffrè, 2008; «Delito de genocidio y pueblos indígenas en el derecho internacional», en A. Parellada y M. L. Beldi de Alcántara (eds.), *Los aché del Paraguay. Discusión de un genocidio*, Copenhague, International Work Group for Indigenous Affairs, 2008, pp. 23-42; *¿Hay genocidios cotidianos? Y otras perplejidades sobre la América indígena*, Copenhague, IWGIA, 2011.

33. B. Clavero, «Cláusula colonial en el derecho internacional y alguna otra contrariedad para la historia de los derechos humanos», aquí capítulo 2.º, comentando a la contra a R. Burke, *Decolonization and the Evolution of International Human Rights*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2010; también C. J. Lee (ed.), *Making a World after Empire: The Bandung Moment and its Political Afterlives*, Athens, Ohio University Press, 2010.

34. D. J. Whelan, *Indivisible Human Rights: A History*, pp. 122-124 y 138-141, para los debates sobre libre determinación a aquellas alturas en las Naciones Unidas, aun encubriendo la oposición de los Estados coloniales bajo el manto de sus propios subterfugios y sin otorgarle la menor relevancia a Bandung (p. 142).

*impasse* en la organización internacional, la Declaración comenzaba a hacerse presente entre algunos Estados por vía constitucional con efectos significativamente contradictorios respecto a derechos.

Naciones Unidas recapitulan, como es bien sabido. En 1960, por medio de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, con la abstención de Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia, Bélgica, Australia, Sudáfrica, Portugal y España, se adopta el concepto de derecho de los pueblos que se había formado sustancialmente al margen de la organización internacional: «La sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales [...]»; «Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural», pronunciamiento que en 1966 se repite, lo que es más decisivo, en sendos artículos primeros, precisamente primeros, de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Pero algún cabo importante hubo de quedar suelto cuando a alturas tan recientes como las del año 2007 ha de repetirse ese mismo registro de derecho de pueblos para el caso de unos en particular, los indígenas: «Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural» (Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 3). A efectos prácticos, 2007 es hoy. El colonialismo está embutido en el derecho de las Naciones Unidas a mayor profundidad y a superior presión de lo que se había reconocido en 1960 con la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales<sup>35</sup>.

He ahí una historia de la vocación universal hasta hoy fallida de los derechos humanos de las Naciones Unidas, historia todavía en lo sustancial por hacer o incluso, previamente, por identificarse. No es solo un capítulo de la historia de los derechos humanos, sino su núcleo. Para abordársela, no se la ha de reducir en caso alguno a historia lineal de un derecho internacional desarrollado por las Naciones Unidas<sup>36</sup>. En este escenario debido hay mucho, prácticamente todo, por revisar, de lo que ya

35. P. Keal, *European Conquest and the Rights of Indigenous Peoples: The Moral Backwardness of International Society*, Nueva York, Cambridge University Press, 2003.

36. K. Cmiel, «Human Rights, Freedom of Information, and the Origins of Third World Solidarity», en M. P. Bradley y P. Petro (eds.), *Truth Claims: Representation and Human Rights*, Piscataway, Rutgers University Press, 2002, pp. 107-130; B. Rajagopal, *International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance*, Nueva York, Cambridge University Press, 2003.

al menos puede decirse que está adquiriéndose conciencia tanto jurídica como historiográfica<sup>37</sup>.

## V. HIPOTECA CULTURAL DE LA HISTORIOGRAFÍA

Los derechos humanos de las Naciones Unidas se plantean a partir de los derechos constitucionales, generalizándose los. Así expresamente operó el *Statement of Essential Human Rights*, el registro de derechos humanos fundamentales, publicado en 1946 por el American Law Institute, el Instituto de Derecho Estadounidense, cuyo padrón, aunque haya otras muchas pretensiones más o menos compatibles de por medio, se tomó de base inicial para el proyecto de la Declaración de las Naciones Unidas. El catálogo que se ofrecía de *human rights* se motivaba y justificaba mediante la colación de pronunciamientos constitucionales esencialmente europeos y euroamericanos<sup>38</sup>.

Todos los constitucionalismos de referencia conocían fronteras internas, como respecto a la mujer o en relación a gentes de otras tradiciones y costumbres en una misma sociedad, sin excepción, por supuesto, del propio constitucionalismo estadounidense<sup>39</sup>. Eran fronteras que podían seguirse dando por entendidas. De poco valía que la Carta de las Naciones Unidas hubiera proscrito en el campo de los derechos humanos las discriminaciones por raza, sexo, idioma o religión, cualquier *distinction as to race, sex, language, or religion* de ese signo discriminatorio. Sobre la discriminación en particular que implicaba la referencia de *raza*, nada menos que el colonialismo, la gestación de los derechos humanos de las Naciones Unidas se mostraba indiferente. Las fronteras podían pasar sin

37. Aparte por supuesto lo ya citado en dicho sentido, S. Waltz, «Reclaiming and Rebuilding the History of the Universal Declaration of Human Rights»: *Third World Quarterly*, 23 (2002), pp. 437-448; K. Sellars, *The Rise and Rise of Human Rights*, Stroud, Sutton, 2002; K. Cmiel, «The Recent History of Human Rights»: *The American Historical Review*, 109 (2004), pp. 117-135, y en A. Iriye, P. Goedde y W. I. Hitchcock (eds.), *The Human Rights Revolution: An International History*, Nueva York, Oxford University Press, 2012, pp. 27-51; S. Moyn, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Cambridge, Harvard University Press, 2010.

38. L. B. Sohn, «How American International Lawyers Prepared for the San Francisco Bill of Rights»: *American Journal of International Law*, 89-3 (1995), pp. 540-553 (así lo denomina porque en principio iba a acordarse junto a la Carta de las Naciones Unidas); D. J. Whelan, *Indivisible Human Rights: A History*, pp. 13-23; H. Hagtvedt Vik, «Taming the states: The American Law Institute and the 'Statement of essential human rights'»: *Journal of Global History*, 7-3 (2012), pp. 461-482.

39. H. Hartog, *Man and Wife in America: A History*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2000; B. Clavero, «Why American Constitutional History is not Written»: *QF*, 36 (2007), pp. 1445-1547; B. Y. Welke, *Law and the Borders of Belonging in the Long Nineteenth-Century United States*, Nueva York, Cambridge University Press, 2010.

mayor problema de los derechos constitucionales a los derechos humanos cuando los segundos se concebían como una extensión de los primeros.

A partir de la misma Carta de las Naciones Unidas, muy distinta fue la concepción que se ofrecía desde otros medios, como ha podido comprobarse. Frente a unos constitucionalismos visceralmente discriminatorios y hasta excluyentes incluso en los casos en que ya adoptaban cláusulas de no discriminación, dado el arrastre de fronteras interiores, se concibieron también los *human rights* como derechos de nueva planta, la planta llanamente humana, sin tracto que los hipotecase, sin fronteras que se arrastrasen más o menos opacamente. Era a conciencia que no se invocaban *civil rights*, derechos constitucionales, sino *human rights*, derechos humanos<sup>40</sup>. En medios marginales a las Naciones Unidas, y no en su seno, así, sin discriminaciones ni fronteras, es como se concibió el sujeto universal de derechos que puede ser objeto de historia universal. Porque esta historia parta de la Carta de las Naciones Unidas, no transcurre a continuación solo ni principalmente por los cauces de la organización internacional. Y algo más. No fue ese otro concepto más apropiado de derechos humanos el que adoptaron las Naciones Unidas ni en 1948 ni en 1960 ni en 1966 ni, a lo que importa, hoy. Ahí está la historia y su eficacia<sup>41</sup>. La organización internacional ha mantenido tracto normativo y, con ello, fronteras jurídicas de efectos no menos persistentes, por solapados o por no enteramente reconocidos en todo caso<sup>42</sup>.

Hay más. Porque el derecho de los derechos humanos se genera con la fundación de las Naciones Unidas, los mismos no se convirtieron en derechos fundacionales suyos. Ni siquiera nacieron con la fuerza moral que hoy casi universalmente se les atribuye<sup>43</sup>. Dicho de un modo más abarcador, aunque ya no sea el niño único del *ius gentium* o derecho

40. C. Anderson, *Eyes off the Prize*.

41. El canon de la historiografía académicamente dominante sigue siendo el contrario: el concepto genuino de derechos humanos se contendría siempre en la Declaración Universal (con la falsa pretensión además de que la misma solo concibe derechos individuales, cuando los contempla de la familia y de la ciudadanía y los presupone del Estado), mientras que el derecho de los pueblos a la libre determinación habría venido a pervertir concepto tan limpio (R. Burke, *Decolonization and the Evolution of International Human Rights*) o a contaminarlo (D. J. Whelan, *Indivisible Human Rights: A History*).

42. E. Barkan, *The Guilt of Nations: Restitution and Negotiating Historical Injustices*, Nueva York, W. W. Norton, 2000; T. D. Hall (ed.), *A World-Systems Reader: New Perspectives on Gender, Urbanism, Cultures, Indigenous Peoples, and Ecology*, Lanham, Rowman and Littlefield, 2000; E. Barkan y A. Karn (eds.), *Taking Wrongs Seriously: Apologies and Reconciliations*, Stanford, Stanford University Press, 2006.

43. Recientemente, con la atribución, J. Morsink, *Inherent Human Rights: Philosophical Roots of The Universal Declaration*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2009; D. Levy y N. Sznajder, *Human Rights and Memory*, University Park, Pennsylvania State University Press, 2010; A. Iriye, P. Goedde y W. I. Hitchcock (eds.), *The Human Rights Revolution: An International History*.

de gentes de la dominación europea, pues los progenitores se han diversificado<sup>44</sup>, el orden internacional actual escapa de las manos no solo de las Naciones Unidas con toda su constelación de consejos, comisiones y comités, agencias, fondos y programas, sino también del derecho de los derechos humanos. Su institucionalidad jurisdiccional no se ha desarrollado en forma y grado que la hagan equiparable a la correspondiente de los derechos constitucionales interestatales de ámbitos regionales como el mismo europeo<sup>45</sup>. Con todo, la efectividad del derecho internacional de los derechos humanos, de todo su despliegue normativo de declaraciones, pactos, convenciones y otros tratados, es desde luego superior a la de 1948, pues entonces era ciertamente nula, pero resulta en todo caso muy débil no solo por efecto de la comparación con casos distintos al estricto de los derechos humanos.

La necesaria historia universal del derecho de los derechos humanos no puede ignorar ni la persistente existencia de un mapa de fronteras interiorizado ni la resistente debilidad de su sistema institucional como pieza de un orden internacional. Ahí se tiene, a mi entender, la envergadura del reto. Calíbrese. Todo ello puede dar razón de por qué la historia jurídica de los derechos humanos no esté escrita<sup>46</sup>. Puesto que esto, la historiografía jurídica, es nuestro oficio, he aquí el momento de regresar al preámbulo con una última reflexión respecto a nuestra capacidad profesional o, quizás mejor, cultural para emprender una historia universal consciente además de las hipotecas que la presionan y de las fronteras que la minan, una historia, con esto, entre lo global y lo local más todas las ramificaciones y estratificaciones de por medio.

Quienes nos hemos formado en la ilusión de cultivar una historia de valor potencialmente universal y, de someternos a análisis, nos encontramos ante la decepción de comprobar que así hemos contribuido a brin-

44. M. Mazower, *No Enchanted Palace: The End of Empire and the Ideological Origins of the United Nations*, cap. IV: «Jawaharlal Nehru and the Origins of the Global United Nations»; T. Kayaoğlu, *Legal Imperialism: Sovereignty and Extraterritoriality in Japan, the Ottoman Empire, and China*, Nueva York, Cambridge University Press, 2010; A. B. Lorca, «Universal International Law: Nineteenth-Century Histories of Imposition and Appropriation»: *Harvard International Law Journal*, 51-2 (2010), pp. 475-552, que se presenta como compendio de un capítulo de un futuro libro de título expresivo: *Mestizo International Law: A Global Intellectual History, 1850-1950*, aunque «mestizo» sea un calificativo que se queda corto si se lo extrapola a la actual base constituyente del derecho internacional.

45. L. I. Gordillo, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, Madrid, CEPC, 2012, con su sintomática preterición del ordenamiento internacional de derechos humanos y su paradigmática aceptación acrítica de los derechos constitucionales interestatales del Consejo de Europa como derechos humanos.

46. Aun quedándose a las puertas, ante un presente que comenzaría en 1945, la materia ya va asomando, tal y como merece, en los instrumentos escolásticos de historia del derecho: M. Lorente y J. Vallejo (eds.), *Manual de historia del Derecho*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, para ámbito no solo español.

darle cobertura al colonialismo ya bastante de por sí solapado<sup>47</sup>, ¿cómo nos descolonizamos para que la profesión se capacite a los efectos del reconocimiento y tratamiento de la universalidad de derechos como objeto de historia allí cuando y como aparece frente a nuestras presunciones y con una contribución nuestra más bien tan solo, por decir mucho, dubitativa y colateral?<sup>48</sup>.

Tras todo lo visto y lo vivido, si digo, para ir definitivamente concluyendo, que me siento bastante escéptico, espero no provocar escándalo alguno. En el momento actual, reproduciendo, con todos los matices que se quiera, la historia del derecho sumariamente descrita al comienzo, ¿no estamos bloqueando lo realmente universalista con lo falsamente universalizable o con lo universalizado en falso? No es, sin embargo, con aparente juego de ingenio como me gustaría finalizar en absoluto. El escepticismo jamás merece tener la última palabra. Sea la penúltima, pues siempre cabe la esperanza.

¿Qué hacemos entonces? ¿Nos cruzamos de brazos y esperamos? Es una opción, desde luego, pero no la única ni la mejor al menos profesionalmente. Siempre cabe el sano ejercicio de la crítica. Y también el de la cooperación, aunque sea esta en el grado mínimo de prestar atención a las voces y los trabajos de otros ámbitos y otras culturas a fin de curarnos, con la humildad, del ensimismamiento<sup>49</sup>. La historiografía del derecho debe comenzar por resetear y depurar su disco duro para ser menos, bastante menos, de lo que se cree. Ha de hacerlo si quiere tener un valor no disciplinar, sino cívico.

¿Concluyo en plan demasiado profesional? Puede ser, pero hay profesiones con una dimensión ciudadana que no deja de operar porque sus practicantes no siempre se muestran en disposición de reconocerlo. Entre ellas se encuentran sin duda, ayer y hoy, las jurídicas y, muy en especial, la iusinternacionalista, la de especialistas en derecho internacional<sup>50</sup>. Conviene cobrar conciencia y guardar consecuencia.

47. B. Clavero, *Europa entre la historia y el derecho o bien entre postcolonial y pre-constitucional*.

48. De esto de la capacidad también me ocupo en B. Clavero, «Gracia y derecho entre localización, recepción y globalización (Lectura coral de las vísperas constitucionales de António Hespanha)».

49. La necesidad de la efectiva universalización por concurrencia de voces realmente ajenas se demuestra en la práctica historiográfica todavía bien difícil de percibir, ya no digo de asumir, desde perspectivas europeas de todo signo, incluso de las más perspicaces: A. M. Hespanha, «Modalidades e limites do imperialismo jurídico na colonização portuguesa»: QF, 41 (2012), pp. 101-135.

50. M. Koskenniemi, *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del derecho internacional, 1870-1960*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2005, aun viniendo a marcar la decadencia de dicha relevancia precisamente tras la fundamentación, al menos teórica, del derecho internacional en los derechos humanos. A este propósito me permito remitir a las dos primeras notas del Prólogo.