

Bartolomé Clavero

NO DISTINCTION SHALL BE MADE:
GENTES SIN DERECHOS Y ENEMIGOS SIN GARANTÍAS
EN LOS ÓRDENES INTERNACIONAL Y CONSTITUCIONAL, 1945-1966*

[N]o distinction shall be made on the basis of the political, jurisdictional or international status of the country or territory to which a person belongs, whether it be independent, trust, non-self-governing or under any other limitation of sovereignty.

Universal Declaration of Human Rights, 2.2.

1. Medianoche del 10 de Diciembre de 1948: I. La extensión colonial de los derechos humanos; II. La devaluación universal de la Declaración; III. Humanidad y colonialismo en la Declaración Universal.-
2. La concepción de los Derechos Humanos por unos tiempos que no resultan tan inaugurales.-
3. Derechos Humanos y colonialismo: la problemática extensión de los derechos al potencial enemigo colonial.-
4. Dimensiones no tan domésticas del cortocircuito de los Derechos Humanos: el laboratorio panamericano.-
5. Convenciones y Constituciones tras la Declaración Universal: I. Derechos Humanos en la Constitución de Guatemala; II. Federalismo y no-discriminación en la Constitución de Nigeria; III. Discriminaciones constitucionales por atención a pueblos en la Federación de Malaysia.-
6. El desbloqueo de los Derechos Humanos por la adopción de una política de descolonización en Naciones Unidas.-
7. Proscripción de la discriminación racial y derechos no menos humanos de pueblos y minorías.-
8. Suspensión de derechos y garantías entre abstracciones inequívocas y previsiones equívocas: 8.I. Derecho para el enemigo y supremacismo cultural; 8.II. Pueblos, minorías, mujeres, menores...; 8.III. *No distinction shall be made.*-
9. *Why the history of human rights international law is not written.*-
10. *Who can bad-mouth human rights?*

1. Medianoche del 10 de Diciembre de 1948.

1948 ha conocido el verano más caluroso del siglo en París, pero el invierno se atiende a la media. Es llevaderamente frío. El día diez de diciembre la temperatura no llega a elevarse por encima de los diez grados Celsius o cincuenta Fahrenheit¹. 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 fiesta². Hay algún punto clave por resolver aún 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 postrero. Está en juego nada menos que la mismísima universalidad del referido instrumento. ¿Cómo van a garantizarse derechos humanos en un mundo donde todavía

* Este trabajo, con algunas variantes en el título y mayores en la extensión, se publica en forma impresa en los *Quaderni Fiorentini* (<http://www.centropgm.unifi.it/quaderni/introduzione.htm>), anuario de *Centro per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, volumen 38, 2009, monográfico dedicado a *I diritti dei nemici*, los derechos del enemigo. Las secciones no incluidas en la edición impresa son 5, I-III, los apartados constitucionales, y 9, los de reflexión sobre historiografía y filosofía. Esta versión extensa se edita en <http://clavero.derechosindigenas.org>. De citarse, se ruega añadir referencia a la edición impresa.

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

² <http://www.un.org/Depts/dhl/landmark/pdf/a-pv183.pdf> contiene las actas de la sesión en inglés y francés, de cuya edición proceden mis citas, ahí fácilmente localizables mediante el buscador del archivo.

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 ésta misma de formularse con las oportunas distinciones? ¿Cómo hacer lo segundo, de resultar preciso, sin que lo primero se resienta? ¿Y cómo dar 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 intriga³.

Las actas de aquel debate en la Asamblea General se publican entonces en inglés, francés, ruso, chino y español. En estas lenguas llega a su debate final el proyecto de Declaración Universal. En inglés se maneja el Presidente de la Asamblea, 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 explicando⁴.

En el primer artículo del proyecto final se sienta la igualdad en derechos de todos los seres humanos (“All human beings are born free and equal in dignity and rights [...]”; “Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits [...]”; “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:

Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

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

³ Estas páginas quieren corresponder a la invitación de Pietro Costa, como director de los *Quaderni Fiorentini*, a que reflexionemos sobre *los derechos de los enemigos*, a quienes rastreo por un paradero reconozco que inverosímil, esto es en el regazo de las normas de los Derechos Humanos. Éstos los distingo así con las iniciales en mayúscula cuando me refiero en concreto a los que se desarrollan por Naciones Unidas con la base de partida de la Declaración Universal, mientras que escribo derechos humanos en minúsculas cuando la referencia es en cambio genérica. Por cuanto veremos, pienso que debe resaltarse la diferencia entre el derecho de Derechos Humanos promovido por Naciones Unidas y los derechos humanos simplemente. Por otra parte, hago uso del presente histórico por intentar, ya sé que inútilmente, situarme sesenta años ha, en aquella fase de arranque de los Derechos Humanos. Pienso que al menos el intento debe hacerse. Cito documentación e instrumentos internacionales en inglés, incluso cuando hay versión oficial en castellano, por razones de análisis lingüístico que irán apreciando.

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, “International Organization”, 3-1, 1949, pp. 41-164. Conforme a la propia planta orgánica ya definida de las Naciones Unidas, donde la Comisión de Derechos Humanos es por entonces y durante bastante tiempo subsidiaria del Consejo Económico y Social, la *Universal Declaration of Human Rights* comparece como un subepígrafe de las *Social, Humanitarian and Cultural Questions*, tampoco a su vez las que se sitúan en un primer lugar.

universales corresponden en igual grado e idéntica medida a quienes son naturales de territorios dependientes, de cualquier grado o clase que fuera la dependencia:

The rights set forth on this Declaration apply equally to all inhabitants of Trust and Non-Self-Governing Territories.

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 alguno⁵. 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 este otro artículo tercero más concreto y más extenso:

1. Every people and every nation has the right to national self-determination. States responsible for the administration of non-self-governing territories, including colonies, shall facilitate the implementation of this right, guided by the principles and purposes of the United Nations in regard to the peoples of such territories.

2. Every people and every nationality within a State shall enjoy equal rights. State laws shall not permit any discrimination whatsoever in this regard. National minorities shall be guaranteed the right to use their native language, and to possess their own national schools, libraries, museums and other cultural and educational institutions.

3. The human and civic rights and fundamental freedoms set out in the present Declaration shall be extended to the population of non-self-governing territories, including colonies.

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 sólo a la enmienda 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:

Furthermore, no distinction shall be made on the basis of the political, jurisdictional or international status of the country or territory to which a person belongs, whether it be independent, trust, non-self-governing or under any other limitation of sovereignty.

Se le 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 diez de diciembre recibiendo cuarenta y ocho votos a favor y ninguno en contra y produciéndose dos ausencias y ocho abstenciones, éstas las de la

⁵ Johannes MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights: Origin, Drafting and Intent*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 1999, pp. 96-101.

Unión Soviética, Yugoslavia, Bielorrusia, Ucrania, Checoslovaquia, Polonia y, por motivos de orden diverso también entre sí, la Unión Sudafricana y Arabia Saudí⁶.

La Unión Soviética, Yugoslavia, Bielorrusia, Ucrania, Checoslovaquia y Polonia no votan en contra, sino que tan solamente 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 alguna 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.

1.1. 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 sólo 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 en base a –*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.

⁶ J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights* (n. 5), pp. 21-28, exponiendo las respectivas motivaciones.

La propuesta soviética se singulariza ante todo por hacer uso de otro lenguaje, comenzando por llamar a 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 circunstanciada 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 Estados⁷. La libre determinación de los pueblos no la registra en todo caso la Carta en los términos más comprometidos de considerarla un derecho:

Article 1: The purposes of the United Nations are [...] 2. To develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, and to take other appropriate measures to strengthen universal peace.

Volvamos a 1948. El mismo diez 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 sólo 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, si no incluso seriamente ofensiva, para buena parte de la humanidad por encontrarse y mantenerse 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 Universal⁸.

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 diez 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 soberanía nacional, esto es soberanía del Estado o del

⁷ Carole FINK, *Defending the Rights of Others: The Great Powers, the Jews, and International Minority Protection, 1878-1938*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, parte segunda.

⁸ J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights* (n. 5), pp. 102-109, 269-280 y 370; para un acercamiento más incisivo, Mark MAZOWER, *The Strange Triumph of Human Rights, 1933-1950*, in "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.

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:

The USSR delegation had pointed out that a number of articles completely ignored the sovereign rights of democratic Governments, moreover, that the draft contained provisions directly contradicting those of the Charter, which prohibited interference in the internal affairs of States. [...] It was sometimes argued that the declaration of human rights should not touch on matters of national significance because it was devoted to the rights of individual human beings. It was impossible to agree to such a view, if only because human rights could not be conceived outside the State; the very concept of right and law was connected with that of the State. [...] The USSR delegation wished to stress that the draft declaration contained no reference to the highly important question of the right of all nations to self-determination. The establishment of that right was one of the major achievements of the internal policy of the USSR. While the USSR delegation did not expect that right to be proclaimed in the declaration of human rights with the same forcefulness as in the Soviet Constitution, it believed that the example of the Soviet achievement should not be left out of account [...].

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:

[T]he draft declaration contains certain positive aspects. In the first place, the Yugoslav delegation wished to stress the importance of the provisions of article 3 on the application of the declaration of human rights to the populations of mandated and Non-Self-Governing Territories. In that respect, the declaration represented one of the few international documents in which the unjust and discriminatory colonial clause was not only abandoned but replaced by another clause having an opposite effect and recognized the equality between the colonial populations and those of other territories.

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 sólo 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 respecto⁹. Sólo el día antes, el nueve 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

⁹ 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*, en "The British Year Book of International Law", 26, 1949, pp. 86-107.

colonialista con todo el eufemismo del caso. Permitiendo una exclusión de partida y unas inclusiones selectivas, así reza el correspondiente artículo de esta Convención:

Article 12: Any Contracting Party may at any time, by notification addressed to the Secretary-General of the United Nations, extend the application of the present Convention to all or any of the territories for the conduct of whose foreign relations that Contracting Party is responsible.

Si se hace previsión de la posibilidad de extensión de la Convención contra el genocidio a lo que al fin y al cabo son las colonias, es porque se entiende que el instrumento de entrada sólo obliga a los Estados respecto a su espacio metropolitano. 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 proposición yugoslava del artículo tercero provoca en la Asamblea General la dinámica conducente a la cláusula 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 le expresase ni abierta ni implícitamente, sino todo lo contrario, en el caso de la Declaración? ¿Puede haberse entonces llegado a tener a la cláusula colonial como principio siempre sobrentendido de un derecho internacional de carácter entonces consuetudinario, sin necesidad por tanto de que se le registrase?

Cuando solemnemente se proclama por la Declaración Universal que *all human beings*, “todos los seres humanos”, son sujetos de los derechos o que, según van desgranándose, lo es *everyone*, “toda persona”, *men and women*, “los hombres y las mujeres”, 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.

1.II. 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 diez 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 de que la misma 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 diez 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:

The Declaration only marked a first step since it was not a convention by which States would be bound to carry out and give effect to the fundamental human rights; nor would it provide for enforcement.

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 “international bill of rights” junto a unas “international declarations or conventions on civil liberties, the status of women, freedom of information”, “the protection of minorities” y “the prevention of discrimination on grounds of race, sex, language or religion”¹⁰. Las meras declaraciones podrían ser una de las formas de desarrollo del *international bill of rights* y no, según tal consenso, éste mismo o su pieza inicial.

En su breve discurso de broche presentando la Declaración como instrumento sin efecto, 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 sólo 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-ingerencia 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. Son asuntos en los que las Naciones Unidas no habrían de intervenir a no ser que otra cosa claramente se acuerde. Así lo ha argumentado Evatt en la Conferencia de San Francisco en la que se instituyeran las Naciones Unidas durante el segundo semestre de 1945, 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 asiática¹¹:

If the members of the Organization really desire to give the Organization the power to protect minorities, the proper course is whether to declare that they recognise the protection of minorities as a matter of legitimate international and not merely domestic concern, or to make a formal international convention providing for the proper treatment of minorities.

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 que Naciones Unidas no acuerden explícitamente otra cosa. En realidad la Declaración no estaba prevista por la Carta y, cuando se le adopta tres años después, podrá venirse de esa forma a acomodarse 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:

Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state or shall require the Members to submit such matters to settlement under the present Charter; but this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII.

¹⁰ J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights* (n. 5), pp. 12-20.

¹¹ A.W. Brian 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, con la cita y su ubicación.

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-ingerencia. Tampoco se oculta entonces que con esto se quieren poner a salvo políticas de inmigración de signo racista, la estadounidense tanto como la australiana, o posiciones racistas sin más. Las políticas europeizadoras a todos los efectos fuera de Europa podían proseguir sin problemas por razón de derechos humanos¹².

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:

We the people of the United Nations determined [...] to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women and of nations large and small [...].

Article 1: The purposes of the United Nations are [...] 3. To achieve international co-operation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character, and in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion.

Article 13: 1. The General Assembly shall initiate studies and make recommendations for the purpose of [...] b) promoting international co-operation in the economic, social, cultural, educational, and health fields, and assisting in the realization of human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion.

Article 55: With a view to the creation of conditions of stability and well-being which are necessary for peaceful and friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, the United Nations shall promote [...] c) universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion.

¹² M.S. RAJAN, *United States attitude toward domestic jurisdiction in the United Nations*, en "International Organization", 13-1, 1959, pp. 19-37, en base a su *United Nations and Domestic Jurisdiction*, New York, Longmans, 1958; Carol 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.

Article 62.2: It [the Economic and Social Council] may make recommendations for the purpose of promoting respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all.

Article 68: The Economic and Social Council shall set up commissions in economic and social fields and for the promotion of human rights, and such other commissions as may be required for the performance of its functions.

Article 76: The basic objectives of the trusteeship system, in accordance with the Purposes of the United Nations laid down in Article 1 of the present Charter, shall be [...] c) to encourage respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion, and to encourage recognition of the interdependence of the peoples of the world.

¿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 luego me referiré a la prácticamente coetánea Declaración Americana de Derechos y Deberse 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.

1.III. Humanidad y colonialismo en la Declaración Universal.

¿Qué significa en suma *derechos humanos* para la Declaración Universal, para ella misma? No pregunto respecto a éste u otro, individuo o Estado, de entre quienes contribuyeron a su elaboración. Tampoco me refiero a lo que hoy pueda la expresión significar 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 acreedores 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 parágrafo 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 Estados. Baste un

botón de muestra entre las personas, entre los diversos candidatos a madre o padre de la Declaración Universal. René Cassin, el jurista francés, fue galardonado en 1968 con el Premio Nobel de la Paz “for his contribution to the protection of human worth and the rights of man, as set forth in the Universal Declaration of Human Rights”, enaltecíendosele como *architect* de la misma junto a Eleanor Roosevelt: “Eleanor Roosevelt was the chairman (sic) of the [United Nations] Commission on Human Rights, and René Cassin its vice-chairman. But it was Cassin who drew up the Declaration”¹³.

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 1789¹⁴. Cabe empero que no sea esto lo más significativo de la propuesta de Cassin. Obsérvese no sólo 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:

Article 12 (ancien article 8). Le esclavage, ~~et le travail forcé~~, incompatible avec la dignité humaine, est interdit. L’autorité publique ne peut imposer un service au travail personnel qu’en vertu de la loi et dans l’intérêt commun.

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.

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: “Nul ne sera tenu en esclavage ni en servitude; l’esclavage et la traite des esclaves sont interdits sous toutes leurs formes”; “No one shall be held in slavery or servitude; slavery and the slave trade shall be prohibited in all their forms”; “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

¹³ http://nobelprize.org/nobel_prizes/peace/laureates/1968 da entrada a motivación (*Presentation Speech*) tan discutible, por no decir que llanamente incierta, respecto a ambos, también a Eleanor Roosevelt, de lo que tendremos constancia. Dispongo de copia del borrador manuscrito de Cassin al que a continuación me refiero gracias a la que guarda Juan Antonio Carrillo, catedrático emérito de derecho internacional en la Universidad de Sevilla. Para su ubicación, J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights* (n. 5), pp. 5-12, 28-35 y 343; A.W.B. SIMPSON, *Human Rights and the End of Empire* (n. 11), pp. 420-423. Parece que Cassin nunca se presentó personalmente como padre de la Declaración Universal, pero permitió que otros lo hicieran en todo tipo de ocasiones, no sólo en la concesión del Premio Nobel.

¹⁴ 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.

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 1957¹⁵. 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 forzado 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 forzado, de 1930, aunque al final los hubiere ratificado, en 1931 y 1937 respectivamente¹⁶. 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 sólo 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, es porque éstas 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

¹⁵ Jean 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.

¹⁶ Alice L. CONKLIN, *Colonialism and Human Rights, A contradiction in Terms? The Case of France and West Africa, 1895-1914*, pp. 425 y 438-440, en "The American Historical Review", 103-2, 1998, pp. 419-442, 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 Frederick COOPER, *Decolonization and African Society: The Labor Question in French and British Africa*, New York, Cambridge University Press, 1996, y Luis RODRÍGUEZ-PIÑERO, *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: The International Labour Organisation Regime, 1919-1989*, New York, Oxford University Press, 2005.

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 humanidad¹⁷.

2. La concepción de los Derechos Humanos por unos tiempos que no resultan 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 diez 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:

Article 1: 1. All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development. 2. All peoples may, for their own ends, freely dispose of their natural wealth and resources without prejudice to any obligations arising out of international economic co-operation, based upon the principle of mutual benefit, and international law. In no case may a people be deprived of its own means of subsistence. 3. The States Parties to the present Covenant, including those having responsibility for the administration of Non-Self-Governing and Trust Territories, shall promote the realization of the right of self-determination, and shall respect that right, in conformity with the provisions of the Charter of the United Nations.

En 1966, ambos *Covenants* o Pactos de Derechos Humanos que teóricamente desarrollan la Declaración Universal para traerla a la práctica comparten otro pronunciamiento que, mirando a su base material, refuerza el derecho de libre determinación de *all peoples, todos los pueblos*, incompatible, al menos en principio, con la continuidad del colonialismo. Es el artículo 47 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y 25 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Nothing in the present Covenant shall be interpreted as impairing the inherent right of all peoples to join and utilize fully and freely their natural wealth and resources.

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

¹⁷ Bonny 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: “The inauguration of the U[niversal] D[eclaration of] H[uman] R[ights] marked the first time in history that certain fundamental rights and freedoms were set forth at a global forum of nations as inalienable universal values to which all individuals are entitled simply by virtue of their humanity”, pero enseguida ubicando: “[M]ost colonized peoples were not represented at the United Nations and had no opportunity to make any input into the preparation of the UDHR”, y puntualizando: “[I]t would be erroneous to conclude that [...] the UDHR marked the beginning of an entirely new tradition of human rights distinct from previous notions or discourses of rights”. Ambas indicaciones ofrecen una guía que no suele ciertamente seguirse.

significara en su momento, los datos y las perspectivas de tiempo posterior resultan impertinentes, mientras que vienen a cuento en cambio los que le 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 décadas¹⁸.

Es una imagen que resulta, si se le 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 definitivamente 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

¹⁸ Como buena muestra, Mary Ann GLENDON, *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, New York, Random House, 2001. Sobre el compañero real del tándem irreal, Marc AGI, René Cassin, 1887-1976. *Prix Nobel de la Paix. Père de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, Paris, Perrin, 1998. Respecto a quien realmente se debe el texto de base del debate que conduce en Naciones Unidas a la Declaración Universal, Clinton Timothy CURLE, *Humanité: John Humphrey's Alternative Account of Human Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 2007.

ordenamiento y no como dependencias suyas, unas capacidades humanas que, así reconocidas, hubieran de comprometer al 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*. 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 ordenamiento, el primero en el sentido de una batería de capacidades humanas a la que el segundo se debe¹⁹.

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 éste, 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 absolución²⁰.

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 mujer²¹. 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 que sigamos todo un recorrido ni una evolución en inglés o en otras lenguas hasta llegar a 1948²². Baste con constatar que ese de *right* puede ser la categoría que se contiene en la

¹⁹ William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, 1765-1769, reprint, Chicago, University of Chicago Press, 1979.

²⁰ W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England* (n. 19); 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 primero del libro primero; para la subordinación de sectores enteros de la propia sociedad, capítulos decimocuarto y decimoquinto del mismo libro primero.

²¹ B. CLAVERO, *Freedom's Law and Indigenous Rights: From Europe's Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas*, Berkeley, The Robbins Collection, 2005, capítulo primero.

²² El sujeto visto, el mismo sujeto en lo sustancial, puede también anticipadamente identificarse en la obra de John Locke (B. CLAVERO, *El Orden de los Poderes*, n. 14, pp. 40-47), pero la diferencia bien decisiva

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. 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 sólo 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 sujetos²³.

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. La Constitución de la República Española de 1931 puede representar un ejemplo ilustrativo de ambos planteamientos e incluso de su plausible vinculación, incorporándose por obra de la propia norma constitucional Convenciones internacionales como forma suplementaria de atenderse a derechos. La misma Constitución ya formula el principio de no-discriminación y pone énfasis en la igualdad entre hombre y mujer²⁴. Pero se trata con todo esto tan sólo 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.

radica en que Locke expone un derecho, para él, ideal mientras que Blackstone de lo que se ocupa es de un derecho efectivo para su sociedad, la británica, o más bien para un sector de la misma.

²³ Para ilustraciones flagrantes del caso usual de ceguera ante esa y otras connotaciones desde un inicio, Michel TROPEL, *The Concept of Citizenship in the Period of the French Revolution*, en Massimo La Torre (ed.), *European Citizenship: An Institutional Challenge*, La Haya, Kluwer, 1998, pp. 27-50; Horst DIPPEL, *Human Rights in America, 1776-1849: Rediscovering the States’ Constitutions*, en “Albany Law Review”, 67-3, 2004, pp. 713-761. Luego, en el apartado sobre *Why the history of human rights international law is not written*, hablaremos algo de historiografía.

²⁴ Javier CORCUERA, *La Constitución española de 1931 en la historia constitucional comparada*, en “Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional”, 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 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 ésta y republicana aquella, la discriminación por causa nobleza se guarda silencio en cambio.

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 entre quienes participan, el concepto en sí resulta nuevo aparte de que, si finalmente se le 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 iguales²⁵. 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 éste 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 a la naturaleza entera, a 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 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 puján sin éxito durante los trabajos preparatorios. El debate no es concluyente, pero deja indicios²⁶.

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 predicán de los seres humanos por igual y universalmente,

²⁵ Puede verse lo poco convincente que resulta la pretensión contraria, referida no sólo a John Humphrey, de C.T. CURLE, *Humanité: John Humphrey's Alternative Account of Human Rights* (n. 18), pp. 3-28.

²⁶ 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*, capítulo octavo; B. CLAVERO, *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Madrid, Trotta, 1997, capítulo primero. Para la concepción resultante del debate de la Declaración Universal, si alguna resulta aparte de la relativa diversidad de las visiones individuales, J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights* (n. 5), pp. 284-302 y 313-320.

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. Del lastre de la historiografía, por cuanto afecta al derecho, me ocupo algo en el último apartado.

3. Derechos Humanos y colonialismo:

la problemática extensión de los derechos al potencial 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 que se recoge en la Declaración Universal no constituye tanta novedad. Cuenta ya con una trayectoria de un par de siglos bien largo. Se tiene y mantiene en tiempos coloniales²⁷.

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 1920²⁸:

²⁷ A.W.B. SIMPSON, *Human Rights and the End of Empire* (n. 11), capítulo primero, *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 en cambio una cesura en el recorrido por postergarse los *rights* en el terreno constitucional precisamente durante tiempos plenos del colonialismo británico, fase que representaría, con toda su influencia, la *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* de Albert Venn Dicey (1885), pero su propia investigación muestra que la desviación no alcanza a la continuidad de fondo.

²⁸ Hugh 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* (n. 17), p. 46, y *Second World War Propaganda, Imperial Idealism and Anti-Colonial Nationalism in British West Africa*, p. 227, en "Nordic Journal of African Studies", 16-2, 2007, pp. 221-243; y por M. Dolores GARCÍA CANTÚS, *Fernando Poo: Una Aventura Colonial Española*, vol. I, Barcelona, Ceiba, 2006, p. 94.

Britain had been the first of the European nations to realize and to recognize the rights of the native populations of the non-European world to equitable treatment [...]. Might was hers, and she was free to make of it what she would. She elected to employ it in the course of right –to use it, in fact, in the only manner where might can find its justification.

Might, el poder colonialista, se entiende obligado a *rights*, los derechos del sujeto colonizado, tan sólo 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 *equitable*, conforme a *equity*, no entonces a *law*, caso en el que cabría en cambio un control de tal género, el judicial. Un juez colonial había dejado bien sentado con anterioridad que “it is not Law that is required to be applied in Africa, but Equity”²⁹. El colonialismo entendido como forma de participación generosa de *rights* sin sometimiento obligado a previsión de *law* es la posición que llega hasta la misma descolonización, con elaboraciones de hora avanzada en la que no falta la contribución de signo socialista³⁰.

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 beneficiarios³¹. 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 necesidad³². 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, *Feindstrafrecht*, el derecho penal del enemigo, y que resulta más bien la exención de todo derecho estricto en el tratamiento del reputado unilateralmente como tal, como enemigo³³.

²⁹ B. IBHAWOH, *Imperialism and Human Rights* (n. 17), p. 77, con la cita.

³⁰ Partha Sarathi GUPTA, *Imperialism and the British Labour Movement, 1914-1964* (1975), Nueva Delhi, Sage, 2002; John FLINT, *Planned Decolonization and Its Failure in British Africa*, en “African Affairs”, 328, 1983, pp. 389-411; Kenneth O. MORGAN, *Imperialism at Bay: British Labour and Decolonization*, en Robert D. King y Robin 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.

³¹ B. CLAVERO, *Happy Constitution* (n. 26), capítulo tercero.

³² Elbridge COLBY, *How to Fight Savage Tribes*, en “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. La tratadística de la época define el derecho internacional como un cuerpo normativo al que voluntariamente se atienen los *estados civilizados*, lo cual inmediatamente implica que el mismo no les obliga en sus relaciones con el sector de la humanidad que se tiene por *no-civilizado*. Pueden detectarse efectos en B. CLAVERO, *Tratados con otros Pueblos y Derechos de otras Gentes en la Constitución de Estados por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

³³ Günther JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, y Feindstrafrecht? Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit*, ambos en “Online-Zeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht und Rechtsprechungsdatenbank” (<http://www.hrr-strafrecht.de>), 3, 2004, y 8-9, 2006; Luis GRACIA MARTÍN, *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘derecho penal del enemigo’*, en “Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología” (<http://criminet.ugr.es/recpc>), 7, 2005; Giuseppe 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*, en “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

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 grupos³⁴. 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 Europa³⁵.

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 dominante³⁶. Si por algún sector hay 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.

sesiones en línea en audio y video (<http://www.jus.unitn.it/services/arc/2006/0310i/home.html>) y de las actas en volumen: Alessandro Gamberini y Renzo Orlando (eds.), *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, Bologna, Monduzzi, 2007, con la suposición de novedad en el nuevo subtítulo.

³⁴ 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, Jesús VALLEJO, *Ruda Equidad, Ley Consumada. Concepción de la potestad normativa, 1250-1350*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992. La equidad comprendía toda una batería de reglas sociales en términos tanto de subordinación como de intercambio por encima del derecho estricto: B. CLAVERO, *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Milán, Giuffrè, 1991.

³⁵ Uday Singh MEHTA, *Liberalism and Empire: A Study in Nineteenth-Century British Liberal Thought*, Chicago, University of Chicago Press, 1999; Jennifer PITTS, *A Turn to Empire: The Rise of Imperial Liberalism in Britain and France*, Princeton, Princeton University Press, 2005. La tradición añeja es por supuesto la que analiza en origen J. VALLEJO, *Ruda Equidad, Ley Consumada* (n. 34).

³⁶ Viene a constatarlo Gary 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, *A Mission to Civilize* (n. 16). 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.

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 sólo 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 que 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 sólo 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 dominio³⁷.

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 trate de situaciones y prácticas de hecho sin previsiones ni habilitaciones de derecho³⁸.

Desde las metrópolis o en las colonias mismas suelen sucederse ordenanzas generando un derecho penal propio, un derecho penal del potencial enemigo que entonces resulta cualquier individuo natural de las colonias. Y la práctica no sólo 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, incendios, aprisionamientos selectivos, deportaciones, desapariciones...³⁹. Cabe hasta la primera práctica en la historia de

³⁷ B. CLAVERO, *El Orden de los Poderes* (n. 14), pp. 245-253.

³⁸ Para exposición de los pormenores que siguen, primeros experimentos de bombardeo aéreo deliberado de población civil inclusive (n. 32), 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* (n. 11), capítulo segundo, *The Mechanisms of Repression*, y B. IBHAWOH, *Imperialism and Human Rights* (n. 17), capítulo tercero, *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: Caroline ELKINS, *Imperial Reckoning: The Untold Story of Britain's Gulag in Kenya*, New York, Henry Holt, 2005, pp. XI-XVI y 371-375.

³⁹ 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, Adam HOCHSCHILD, *King Leopold's Ghost: A Story of Greed, Terror, and Heroism in Colonial Africa*, New York, Houghton Mifflin, 1998, y George 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.

bombardero aéreo de población civil, 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 nuevo⁴⁰.

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 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 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 descolonización⁴¹. Ni siquiera en el ámbito del orden internacional que ahora preside Naciones Unidas se aprecia algún giro

⁴⁰ Pienso en la invasión de Irak en 2003 por una fuerza multilateral encabezada por Estados Unidos y Gran Bretaña que, dadas sus pretensiones y sus prácticas, 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. El planteamiento es el colonial de derechos: invadir para participarlos. Como no domino la lengua árabe, no sé cómo citar en esta nota el material más a propósito. Puede verse Moazzam BEGG, *Enemy Combatant: My Imprisonment at Guantanamo, Bagram and Kandahar*, New York, New Press, 2007.

⁴¹ Para la muestra de un caso, Wunyabari 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* (n. 38; p. 371: "I wanted to know why the British were introducing a policy of mass detention in the aftermath of the World War II and the various declarations on human rights passed in its wake"); David ANDERSON, *Histories of the Hanged: The Dirty War in Kenya and the End of Empire*, New 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* (n. 11), capítulos 18 y 19, respecto al caso también británico de Chipre. Como se dijera desde la *Colonial Office*, "[b]oth geographically and politically Cyprus is in the front line as a test of the sincerity of H[is] M[ajesty's] G[overnment] declared policy of political development in the Colonies", citado por Ronald 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 un caso como el de Gernika pasa por ser el primero de bombardeo aéreo deliberado de población civil no es por otra razón que por tal cancelación de la historia colonial en la memoria europea y la cultura correspondiente.

significativo por virtud de la Declaración Universal. La continuidad es la pauta⁴². 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 diez de diciembre, habría de servir para poner en práctica la Declaración Universal quedara bloqueada⁴³.

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 antes⁴⁴. Otras lecturas caben desde luego, pero no son las que originariamente se encierran 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 de Derechos Humanos, tampoco en la sesión de la Asamblea General de Naciones Unidas de la noche del diez de diciembre de 1948 según el cómputo de días, meses y años de la versión más difundida del calendario de la era cristiana⁴⁵. 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 Estados⁴⁶.

4. Dimensiones no tan domésticas del cortocircuito de los Derechos Humanos: 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 nueve de diciembre de 1948. También interesa

⁴² L. RODRÍGUEZ-PIÑERO, *El Código Colonial: La Organización Internacional del Trabajo y los 'Trabajadores Indígenas'*, en "Quaderni Fiorentini", 33-34, 2004-2005, *L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento*, pp. 259-317.

⁴³ A.W.B. SIMPSON, *Human Rights and the End of Empire* (n. 11), capítulos noveno y décimo.

⁴⁴ Puede comprobarse también en el caso colonial español: B. CLAVERO, *Bioko, 1837-1876: Constitucionalismo de Europa en África, Derecho Consuetudinario del Trabajo mediante*, en "Quaderni Fiorentini", 35, 2006, pp. 429-546, especialmente pp. 472-486.

⁴⁵ 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* (n. 17), capítulo séptimo, *The Paradox of Rights Talk*.

⁴⁶ Richard WRIGHT, *The Color Curtain: A Report on the Bandung Conference* (con prólogo de Gunnar Myrdal, 1956), más epílogo de Amritjit Singh, Jackson, Banner, 1995; Penny M. VON ESCHEN, *Race Against Empire: Black Americans and Anticolonialism, 1937-1957*, Ithaca, Cornell University Press, 1997, pp. 167-173; Kweku AMPIAH, *The Political and Moral Imperatives of the Bandung Conference: The Reactions of US, UK and Japan*, Dorset, Global Oriental, 2007.

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 “national, ethnical, racial or religious group[s]”, de pueblos o minorías que como tales ni siquiera comparecen en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Humanos resultan igualmente estos derechos no sólo por sí mismos, sino también por cuanto que así, mediante esta Convención, se les considera y protege en el derecho internacional con todas sus presunciones de universalidad⁴⁷.

En 1946, disponiendo la elaboración del instrumento, la propia Asamblea General de Naciones Unidas había definido el genocidio como “a denial of the right of existence of entire human groups”, añadiendo una expresiva comparación: “as homicide is the denial of the right to live of individual beings”, 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 “causing serious bodily or mental harm to members of the group” o “deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part”. No obstante, ocurre como con la Declaración Universal. Queda la Convención sobre el genocidio neutralizada e inoperativa, incluso durante más tiempo⁴⁸.

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 “primitive and backward groups”. Brasil abunda: “Some minorities might have used it as an excuse for opposing perfectly normal assimilation”⁴⁹. Está haciéndose referencia a pueblos como el maorí en Aotearoa (Nueva Zelanda), al xitsonga en Sudáfrica o al guaraní en Brasil, por poner sólo 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 *minorities* indígenas destinadas a una *perfectly normal assimilation* como requisito, se entiende, para que puedan gozar de derechos, pues no cabe que los interpongan ante esa política de Estado. Mientras tanto, son así grupos que se encuentran sujetos, sin garantías de derechos propios, al poder que se pretende civilizatorio del Estado o 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, sin consentimiento de los pueblos indígenas

⁴⁷ Respecto a la Convención sobre el genocidio como instrumento virtual de defensa de las minorías, Javaid REHMAN, *The Weaknesses in the International Protection of Minority Rights*, La Haya, Kluwer, 2000, capítulo cuarto.

⁴⁸ 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. La definición de unas políticas genocidas pertenecen naturalmente a la tipificación del delito por la Convención, artículo segundo.

⁴⁹ Las referencias también, pero con lectura diametralmente diversa, en William A. SCHABAS, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, New York, Cambridge University Press, 2000, pp. 183-185.

entonces mayoritarios, de los respectivos Estados. En el ámbito angloamericano también se retiene y aplica dicha reserva de poder sobre los pueblos indígenas⁵⁰.

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 párrafo 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 “principle of equal rights and self-determination of peoples” 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 éste lo que se ha producido es una exclusión deliberada⁵¹.

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 procedencia⁵². 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 Unidos⁵³. Se da una más perseverante actuación de organizaciones afroamericanas y muy en particular de la *National Association for the Advancement of Colored People*, 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 adopta ni en la Carta de Naciones Unidas ni en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La

⁵⁰ David E. WILKINS y Vine 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.

⁵¹ J. MORSINK, *Cultural Genocide, the Universal Declaration, and Minority Rights*, in “Human Rights Quarterly”, 21-4, 1999, pp. 1009-1060, observando una relación de fondo entre instrumentos coetáneos, la Declaración Universal y la Convención sobre el genocidio, que usualmente se pasa por alto desde que se debatieron y acordaron paralela e independientemente.

⁵² J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights* (n. 5), pp. 5-12 ya citadas.

⁵³ Douglas SANDERS, *Aboriginal Rights: The Search for Recognition in International Law*, p. 300, en Menno Boldt y J. Anthony Long (eds.), *The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, pp. 292-303. Para la reacción estadounidense, C. ANDERSON, *Eyes off the Prize* (n. 12), p. 41.

Asociación para el Progreso de la Gente de Color opta resueltamente durante aquellos años por la agenda de los derechos humanos como alternativa neta al programa, que más tarde privilegia, de los derechos tan sólo civiles, 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 culturales⁵⁴. 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 africana⁵⁵. Mas 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 representación 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 colonialismo⁵⁶. 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 africano⁵⁷. 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 sólo 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 “little more than colonial status in a democracy”, de forma así similar al caso de Sudáfrica⁵⁸.

⁵⁴ He ahí el punto clave del estudio de C. ANDERSON, *Eyes off the Prize* (n. 12), cuyo mismo título se enuncia por oposición crítica al de Juan WILLIAMS, *Eyes on the Prize: America's Civil Rights Years, 1954-1965*, New 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 Clayborne Carson y otros (eds.), *The Eyes on the Prize Civil Rights Reader: Documents, speeches, and Firsthand Accounts from the Black Freedom Struggle* (1987), New 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 la versión de Alice Wine en 1956 como arma de paz en la lucha por los derechos civiles (“... But the only thing we did right / Was the day we started to fight. / Keep your eyes on the prize, / Hold on, hold on”); para registro de interpretaciones, una versión menos pacifista inclusive, *Keep your Hand on the Gun*: http://bruce.orel.ws/seegersessions/songs/eyes_on_the_prize.html.

⁵⁵ Philip S. ZACHERNUK, *Colonial Subjects: An African Intelligentsia and Atlantic Ideas*, Charlottesville, University Press of Virginia, 2000, pp. 156-164, sobre el caso de Nigeria que luego tocaremos.

⁵⁶ Brenda Gayle 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* (n. 46); James H. MERIWETHER, *Proudly We Can Be Africans: Black Americans and Africa, 1935-1961*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2002; Brenda Gayle Plummer (ed.), *Window on Freedom: Race, Civil Rights, and Foreign Affairs, 1945-1988*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2003.

⁵⁷ Véase la especie de trilogía de George M. FREDRICKSON, *White Supremacy: A Comparative Study in American and South African History*, New York, Oxford University Press, 1981; *Black Liberation: A Comparative History of Black Ideologies in the United States and South Africa*, New York, Oxford University Press, 1995; *The Comparative Imagination: On the History of Racism, Nationalism, and Social Movements*, Berkeley, University of California Press, 2000; Mary L. DUDZIAK, *Cold War Civil Rights: Race and the Image of American Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2000; Thomas BORSTELMANN, *The Cold War and the Color Line: American Race Relations in the Global Era*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.

⁵⁸ C. ANDERSON, *Eyes off the Prize* (n. 12), para todo ello; p. 57, la cita; pp. 3 y 27-33, denuncia sobre Sudáfrica; para más detalles tanto acerca del compromiso afroamericano con la Sudáfrica africana durante estos años como sobre el empeño ante las nacientes Naciones Unidas, P. M. VON ESCHEN, *Race Against*

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 sólo locales, se fuerza el extrañamiento afroamericano del sistema político y judicial⁵⁹. Mediante el testimonio, la información y la comparación, el panafricanismo de entonces se basa, por una parte, en unas condiciones entendidas como comunes no sólo por el origen africano que se comparte y, por otra, la que más aquí nos interesa, en la categórica 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 exclusivos, sino de derechos humanos compartidos⁶⁰.

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 éste 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.

Article 2: All persons are equal before the law and have the rights and duties established in this Declaration, without distinction as to race, sex, language, creed or any other factor.

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, sólo me refiero a entonces, se añada así nada a cuanto estamos viendo

Empire (n. 46), pp. 61-68 y 78-95; J.H. MERIWETHER, *Proudly We Can Be Africans* (n. 56), 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*, New York, Oxford University Press, 1993.

⁵⁹ Jerrold M. PACKARD, *American Nightmare: The History of Jim Crow*, New York, St. Martin's Press, 2002; Richard WORMSER, *The Rise and Fall of Jim Crow*, New York, St. Martin's Press, 2003; Philip DRAY, *At the Hands of Persons Unknown: The Lynching of Black America*, New York, Random House, 2003.

⁶⁰ Tras San Francisco, la NAACP todavía no ceja: *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*, New 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* (n. 12), 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*, New York, International Publishers, 1970.

sobre el derecho internacional de los Derechos Humanos⁶¹. 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 sólo por América, ya sabemos que es *right* el término que no tiene traducción.

5. Convenciones y Constituciones tras 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 diez de diciembre, habría de seguir a la Declaración introduciendo mecanismos de supervisión y puesta en práctica. La Convención fue de momento por igual bloqueada.

Los Estados Unidos proponen una especie de cláusula constitucional para la Convención. Conforme a la misma, los Estados que la ratificaren no tendrían la obligación de ponerla en práctica si su sistema constitucional interno no se lo permitiese o sólo 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. Quien pasa también, junto a René Cassin, por progenitora de los Derechos Humanos, Eleanor Roosevelt, 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 solos⁶².

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. “[I]n accordance with the provisions of the Charter of the United Nations and of the Universal Declaration of Human Rights”, la mujer habrá de gozar de tales derechos “on equal terms with men, without any discrimination”. No hay cláusula alguna, ni inclusiva ni exclusiva, ni colonial ni constitucional. El principio se predica

⁶¹ Para apreciarse por qué insisto en que sólo 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>). Sobre la confusión de tiempos versará el apartado acerca de *why the history of human rights international law is not written*.

⁶² C. ANDERSON, *Eyes off the Prize* (n. 12), pp. 132-137, 200-201 y 227-230.

como universal⁶³. ¿Cómo puede ser esto si, colonialismo mediante, tal regla internacional 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 sólo 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 indiferencia y recurrente atropello para con los derechos tanto del hombre como de la mujer, ésta la principal afectada desde luego⁶⁴.

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 Estados⁶⁵. 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

⁶³ <http://www.unhchr.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. Superada procedimental y sustantivamente por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), ya no figura en el sitio más actualizado: <http://www2.ohchr.org/english/law>.

⁶⁴ Matthew 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).

⁶⁵ Radhika COOMARASWAMY, *To Bellow like a Cow: Women, Ethnicity, and the Discourse of Rights*, en Rebecca J. Cook (ed.), *Human Rights of Women: National and International Perspectives*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 1994, pp. 39-57; Gulmundur Alfredsson y Katarina Tomaševski (eds.), *A Thematic Guide to Documents of the Human Rights of Women*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1995; Lynn Walter (ed.), *Women's Rights: A Global View*, Westport, Greenwood, 2001.

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 éstos ante sí posibilidades aparte de la frustrada puesta en práctica mediante el acuerdo de mecanismos internacionales. Lo primero que entonces conviene subrayar es 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 mismos⁶⁶.

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, sólo apadrinando, lo cual también significa apropiándose, controlando e incluso estorbando y bloqueando.

Para algo sirve la Declaración en todo caso durante una primera larga década de superior inoperancia internacional. Para considerarlo, conviene que procedamos 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. A falta de investigaciones más sistemáticas que se centren en estos primeros

⁶⁶ B. CLAVERO, *El Orden de los Poderes* (n. 14), pp. 251-253 ya citadas y 300-305.

tiempos, pues no las hay ni más ni, por lo que alcanzo, ajenas⁶⁷, vamos a contemplar un trío de casos de Constituciones que pueden decirse postcoloniales 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. No son ni pueden ser casos representativos a escala continental⁶⁸. Significativo será que aparezca alguna constante, como por ejemplo la presencia de pueblos precisando de un planteamiento de los derechos humanos distinto, aunque sólo fuera por más complejo, que el de la Declaración Universal⁶⁹.

5.I. 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 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, conteniendo 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 sólo americanos o guatemaltecos. Derechos Humanos derivados de la Declaración Universal serían los derechos

⁶⁷ Para una visión más optimista desde la perspectiva de fecha más tardía, Hurst HANNUM, *The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law*, en “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: James Crawford y Maureen 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, Nihal JAYAWICKRAMA, *The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

⁶⁸ 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 Malaysia son casos representativos de la descolonización de mano británica: R. HYAM, *Britains's Declining Empire* (n. 41), pp. 144-147, 154-160, 166, 198-202 y 266-275.

⁶⁹ 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*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.

constitucionales que registra la Constitución de Guatemala de 1956, la que tan cercanamente siguiera a la precedente⁷⁰.

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? ¿Hay alguna vinculación entre ambos elementos que, adoptándolos, se presentan como distintivos por aquella Constitución de Guatemala?⁷¹.

Respecto a la presencia indígena la Constitución es parca. La silencia en la parte más general del título de *Derechos Humanos* y sólo 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 le 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 éste 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 éstos 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 Universal⁷².

⁷⁰ <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2210> es sitio que ofrece acceso a la colección anexa a Jorge Mario 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 para este trabajo en agosto de 2008).

⁷¹ Luis 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 incorporación indígena a la ciudadanía en pie de desigualdad entre protestas de igualdad, pp. 697-701.

⁷² Raquel 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.

No cabe alegarse 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 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 *perfectly normal assimilation*. Es la misma Declaración Universal la que atropella entonces derechos. No sólo lo hace por mantenerse el colonialismo europeo de otras latitudes. El párrafo segundo del artículo segundo de este artículo íntegramente está así revelando, si no su intención, su sentido.

5.II. 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 ésta 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 pueblos⁷³. 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 pueblos⁷⁴.

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 ninguno⁷⁵. En el caso de Nigeria, ¿bajo qué principios, sobre qué entendimiento de

⁷³ Max BELOFF, *The 'Federal Solution' in its Application to Europe, Asia, and Africa*, en "Political Studies", 1-2, 1953, pp. 114-131; p. 122: "[I]n Asia and Africa federalism has been thought of as a solution to the political problems of countries which had previously been held together by external imperial rule".

⁷⁴ Kalu 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: "Nigeria presents an example *par excellence* of an indigenous African territory where federalism has been resorted to in an attempt to solve the political and constitutional problems arising from the heterogeneous nature of its society".

⁷⁵ J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights* (n. 5), p. 275, la propuesta en p. 372: "Any person has the right to recognition and protection of his nationality and to the free development of the nation to which he belongs. National communities which are in a state community with other nations are equal in national, political and social rights". Yugoslavia entonces presume que tal es caso.

derechos, se pone en planta el armazón 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 sólo sea por las distinciones entre las que se mueve⁷⁶:

Section 27: (1) A citizen of Nigeria of a particular community, tribe, place of origin, religion or political opinion shall not, by reason only that he is such a person, (a) be subjected [...] to disabilities or restrictions to which citizens of Nigeria of other communities, tribes, places of origin, religions or political opinions are not made subject; or (b) be accorded [...] any privilege or advantage that is not conferred on citizens of Nigeria of other communities, tribes, places of origin, religions or political opinions.

Según la Constitución, hay en Nigeria “comunidades y tribus” entre cuyos miembros no debe producirse discriminación de ningún signo, pero no parece que haya pueblos. De hecho, a consideración por pueblos se debe la estructura federal, pero ni se le 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 Este*, *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 del “Minority Council of a Minority Area in Western Nigeria or Eastern Nigeria”⁷⁷.

En rigor no hay derechos de pueblos ni de minorías, como tampoco, porque se les mencione, de comunidades ni de tribus, sino tan sólo 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. Póngase también en negativo. Si algún Estado postcolonial 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.

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, llámeseles comunidades o tribus. Que los derechos registrados sean tan sólo 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:

⁷⁶ 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.

⁷⁷ K. EZERA, *Constitutional Developments in Nigeria* (n. 74), p. XI; Benjamín Obi 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.

Section 22: (1) Every person shall be entitled to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

Article 12: No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence [...].

He añadido el pasaje parejo del artículo duodécimo de la Declaración Universal para que pueda procederse a la comparación. Existe una evidente vinculación en el lenguaje, pero la formulación no es la misma⁷⁸. El pronunciamiento nigeriano es más fuerte pues se efectúa en términos positivos de derecho y además a la *family life*, la *vida familiar*, no sólo 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 constituirían algunos pueblos entre aquellos que no contaban con autonomía constitucional en calidad de región federada. *Family life* resulta la vida comunitaria⁷⁹. Las llamadas minorías, comunidades o tribus pueden entonces encontrar una garantía constitucional por esta vía. La misma falta de autonomía constitucional les mueve al reforzamiento de la estructura familiar como tejido comunitario. El derecho de unos pueblos, de dar así con unos cauces, puede hacer entonces 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 sólo 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 igbo, durante las negociaciones para la formación de nuevos Estados de la Federación, ha propuesto unos principios bien categóricos⁸⁰:

The creation of any new state must be based upon the consent of the people of the area which is to be included in the proposed state and where two or more distinct tribal groupings are comprised within such area the wishes of each such grouping must be separately ascertained and respected.

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 aleja 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 testimonio⁸¹.

⁷⁸ Para el planteamiento de la Declaración Universal, J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights* (n. 5), pp. 252-258.

⁷⁹ B. IBHAWOH, *Imperialism and Human Rights* (n. 17), pp. 136-140 y 166-172.

⁸⁰ <http://www.worldstatesmen.org/Biafra.doc> es página que ofrece el texto de la *Proclamation of the Republic of Biafra* de 1967 con las expresiones que siguen sobre la posición y sus fundamentos.

⁸¹ Alfred Obiora UZOKWE, *Surviving in Biafra: The Story of the Nigerian Civil War. Over two million died*, New York, Writers Advantage, 2003.

5.III. Discriminaciones constitucionales por atención a pueblos en la Federación de Malaysia.

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 compleja⁸². Su parte segunda se dedica a *Fundamental Liberties*, figurando el principio de no-discriminación en una formulación peculiar si la juzgamos por el patrón del párrafo segundo del artículo segundo de la Declaración Universal:

Article 8: (1) All persons are equal before the law and entitled to the equal protection of the law. (2) Except as expressly authorized by this Constitution, there shall be no discrimination against citizens on the ground only of religion, race, descent or place of birth in any law relating to the acquisition, holding or disposition of property or the establishing or carrying on of any trade, business, profession, vocation or employment. [...] This Article does not invalidate or prohibit [...] (c) any provision for the protection, wellbeing or advancement of the aboriginal peoples of the Federation (including the reservation of land) or the reservation to aborigines of a reasonable proportion of suitable positions in the public service; (d) any provision prescribing residence in a State or part of a State as a qualification for election or appointment to any authority having jurisdiction only in that State or part, or for voting in such an election.

La Constitución puede 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 *aboriginal peoples*, pueblos indígenas. 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 crecida, la novena, sobre *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 efectos⁸³, pero destaquemos el extremo de que las mismas primariamente se acuñan por atención no sólo a Estados de la Federación, sino también de pueblos que no los forman.

El artículo citado 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 sólo 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 Malaysia además de monarca constitucional⁸⁴:

⁸² <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/malaysia.pdf> es sitio que ofrece la Constitución de Malaysia en vigor que mantiene la indicación de fecha de diversos estratos pudiendo inferirse el texto vigente en 1963.

⁸³ Imtiaz OMAR, *Rights, Emergencies and Judicial Review*, La Haya, Kluwer, 1996, se ocupa del asunto en Malaysia, Sri Lanka y Bangladesh. El título de *Fundamental Liberties* de la Constitución de Malaysia, sustancialmente el de 1963, se reproduce en pp. 321-325.

⁸⁴ Michael LEIFER, *Dictionary of the Modern Politics in South-East Asia*, New York, Routledge, 1995, p. 297.

Article 153: 1 (1) It shall be the responsibility of the Yang di-Pertuan Agong to safeguard the special position of the Malays and natives of any of the States of Sabah and Sarawak and the legitimate interests of other communities [...].

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. La Declaración Universal no interpone ninguna objeción. ¿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 de Estados, la Declaración Universal no sólo 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 le hicieran un buen servicio a los derechos humanos.

He ahí con todo, con los ejemplos tan dispares en apariencia como de fondo común de Guatemala, Nigeria y Malaysia, unos síntomas 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. 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.

6. El desbloqueo de los Derechos Humanos por la adopción de una política de descolonización en Naciones Unidas.

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 de 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 instrumento⁸⁵. *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 alguna 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 predicen 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. The subjection of peoples to alien subjugation, domination and exploitation constitutes a denial of fundamental human rights, is contrary to the

⁸⁵ Ayitégan G. KOUÉVI, *The right to self-determination of indigenous peoples: Natural or granted? An African perspective*, Pekka Aikio y Martin Scheinin (eds.), *Operationalizing the Right of Indigenous Peoples to Self-Determination*, Turku/Åbo, Institute for Human Rights, 2000, pp. 143-153.

Charter of the United Nations and is an impediment to the promotion of world peace and co-operation.

2. All peoples have the right to self-determination; by virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.

3. Inadequacy of political, economic, social or educational preparedness should never serve as a pretext for delaying independence.

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 colonizados⁸⁶.

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 reiteración en los Pactos no sólo 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 individuos⁸⁷. 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 a 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.

⁸⁶ Paul Gordon LAUREN, *Power and Prejudice: The Politics and Diplomacy of Racial Discrimination* (1988), edición ampliada, Boulder, Westview, 1996, capítulo séptimo; Vrushali PATIL, *Negotiating Decolonization in the United Nations: Politics of Space, Identity, and International Community*, New York, Routledge, 2007.

⁸⁷ [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, en el que se subraya este punto: "The right of self-determination is of particular importance because its realization is an essential condition for the effective guarantee and observance of individual human rights and for the promotion and strengthening of those rights. It is for that reason that States set forth the right of self-determination in a provision of positive law in both Covenants and placed this provision as article 1 apart from and before all of the other rights in the two Covenants".

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:

Article 73: Members of the United Nations which have or assume responsibilities for the administration of territories whose peoples have not yet attained a full measure of self-government recognize the principle that the interests of the inhabitants of these territories are paramount, and accept as a sacred trust the obligation to promote to the utmost, within the system of international peace and security established by the present Charter, the well-being of the inhabitants of these territories, and, to this end [...] b) to develop self-government, to take due account of the political aspirations of the peoples, and to assist them in the progressive development of their free political institutions, according to the particular circumstances of each territory and its peoples and their varying stages of advancement.

Article 76: The basic objectives of the trusteeship system, in accordance with the Purposes of the United Nations laid down in Article 1 of the present Charter, shall be [...] b) to promote the political, economic, social, and educational advancement of the inhabitants of the trust territories, and their progressive development towards self-government or independence as may be appropriate to the particular circumstances of each territory and its peoples and the freely expressed wishes of the peoples concerned, and as may be provided by the terms of each trusteeship agreement.

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 las 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* con carácter general⁸⁸, 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

⁸⁸ 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. Roger 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); Carsten STAHN, *The Law and Practice of International Territorial Administration: Versailles to Iraq and Beyond*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 89-114.

colonias tiene un alcance general, sin posibles excepciones, pero se sigue entendido 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 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 equivalente 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 consiguiente⁸⁹. 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 sólo 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 tampoco 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 *all peoples*, de *todos los pueblos*, 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 sólo 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:

Article 2.1: Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

Article 26: All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

Article 27: In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in

⁸⁹ 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* (n. 5), p. 59.

community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language.

En el caso de las llamadas minorías, al reconocerse tan sólo los derechos de los individuos que las componen y no complementariamente el 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 lastre⁹⁰. 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 pronunciamiento⁹¹:

Article 3: Indigenous peoples have the right to self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.

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 pueblos⁹². 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 decirle, respecto a los mismos y a la Declaración Universal de la que traen en su mayor parte causa. Ahí, 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 *all peoples*, de todos los pueblos. 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 postcoloniales con ello. En *todos los pueblos* no vienen entendiéndose comprendidos, por ejemplo, ni los pueblos indígenas de Guatemala ni los de Nigeria ni los de Malaysia, en los dos últimos casos salvo, si acaso, los federados. Biafra ha formulado en cambio un principio de derechos aplicable a todos los pueblos, pero su posición, además de fallida, es entre todas las vistas la que menos sintoniza con la Declaración Universal.

⁹⁰ Patrick THORNBERRY, *International Law and the Law of Minorities*, Oxford, Oxford University Press, 1991; J. REHMAN, *The Weaknesses in the International Protection of Minority Rights* (n. 47), capítulos sexto y octavo; Nazila Ghanea and Alexandra Xanthaki (eds.), *Minorities, Peoples and Self-Determination: Essays in Honour of Patrick Thornberry*, La Haya, Martinus Nijhoff, 2005.

⁹¹ <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii> 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.

⁹² P. THORNBERRY, *Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester, Manchester University Press, 2002; S. James ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law* (1996), edición actualizada, New York, Oxford University Press, 2004; A. XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards: Self-Determination, Culture and Land*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

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 sólo 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 porque 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 excepción⁹³. Guatemala, Nigeria y Malaysia han podido ilustrarlo de forma incompleta desde luego, pero al menos gráfica.

7. Proscripción de la discriminación racial y derechos no menos humanos de 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 reafirmará 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 internacionales⁹⁴. 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:

Article 1: 1. In this Convention, the term *racial discrimination* shall mean any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life. 2. This Convention shall not apply to distinctions, exclusions, restrictions or preferences made by a State Party to this Convention between citizens and non-citizens. 3. Nothing in this Convention may be interpreted as affecting in any way the legal provisions of States Parties concerning nationality, citizenship or naturalization, provided that such provisions do not discriminate against any particular nationality. 4. Special measures taken for the sole purpose of securing adequate advancement of certain racial or ethnic groups or individuals requiring such protection as may be necessary in order to ensure such

⁹³ B. CLAVERO, *Genocide or Ethnocide, 1933-2007* (n. 48), capítulo octavo.

⁹⁴ C. ANDERSON, *Eyes off the Prize* (n. 12), 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 percata 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-ingerencia. Poniendo el énfasis en la solidaridad anticolonial, P. M. VON ESCHEN, *Race Against Empire* (n. 46), ya se ocupaba de dicho viraje de las principales organizaciones afroamericanas.

groups or individuals equal enjoyment or exercise of human rights and fundamental freedoms shall not be deemed racial discrimination, provided, however, that such measures do not, as a consequence, lead to the maintenance of separate rights for different racial groups and that they shall not be continued after the objectives for which they were taken have been achieved.

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 previsiones⁹⁵. Nos importa su planteamiento. De entrada, lo que así se formula no es otra cosa que el paradigma que hemos visto de diversa forma ejemplificado por Guatemala, por Nigeria y por Malaysia, aquel paradigma que, 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 Independientes⁹⁶.

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 la rectificaciones tardías por sí, con toda su importancia efectiva desde luego, sino que tan sólo 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:

Article 8.3: Measures taken by States to ensure the effective enjoyment of the rights set forth in the present Declaration shall not prima facie be considered contrary to the principle of equality contained in the Universal Declaration of Human Rights.

⁹⁵ Natan 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. HANNUM, *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination: The Accommodation of Conflicting Rights* (1990), edición actualizada, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 1996.

⁹⁶ 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 no respeta derechos. Compruébese cumplidamente en L. RODRÍGUEZ-PIÑERO, *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law* (N. 16). Para la reiteración posterior de su consideración en cambio como “the first international convention that focused specifically on the rights of indigenous peoples”, A. XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards* (n. 92), p. 49.

Puede así que no estuviera fuera de lugar la discriminación constitucional de Malaysia por atención a pueblos, no desde luego la concurrente que respondiese a otro género de razones. Conforme a la Derechos de las Personas Pertencientes 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-discriminación. Como las llamadas minorías que pueden ser pueblos, por no reconocérseles derechos en cuanto tales, están confiadas a los Estados, se instruye a éstos 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 socio-económico de los grupos indígenas para su integración a la cultura nacional”⁹⁷. Puede hacerlo sin chocar con Declaraciones ni Convenciones 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 lenguaje, como el de la sustitución de “tribu” por

⁹⁷ <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2210> ya sabemos que es sitio con la colección de las Constituciones de Guatemala (n. 70). El artículo citado de 1965 es el 110, igual que en 1956.

“ethnic group”, sin mayor alcance sustantivo. El derecho a la *family life* es suprimido⁹⁸. 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 desmantela 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 comunitario⁹⁹.

A tales alturas, los Derechos Humanos ignoran algunos derechos humanos que pueden ser claves, los referentes a pueblos o minorías que afectan neurálgicamente a los derechos mismos de los individuos. Y Naciones Unidas siguen alumbrando y apadrinando derechos en el sentido no sólo de formularlos y promocionarlos, sino también de dominarlos y entorpecerlos¹⁰⁰.

8. Suspensión de derechos y garantías 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 sólo 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 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 compartida por la política interna o

⁹⁸ 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: “The privacy of citizens, their homes, correspondence, telephone conversations and telegraphic communications is hereby guaranteed and protected”):

⁹⁹ B. IBHAWOH, *Imperialism and Human Rights* (n. 17), 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* (n. 48), p. 243.

¹⁰⁰ Baste mirarse el síntoma bien a la vista del sitio web citado de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (en castellano, <http://www2.ohchr.org/spanish/law>), donde la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no se incluye, pese a sus propios principios, en el capítulo del *Derecho de Libre Determinación*, sino bajo el rótulo de *Derechos de los Pueblos Indígenas y de las Minorías*, todavía en esta compañía sustancialmente reductora, si no impeditiva, de derechos. El juego perverso de cláusulas, entre las expresas de inclusión y las implícitas de exclusión, no acaba de reconocerse y abandonarse. El capítulo consecutivo a la historia que hemos visto habría de contemplar el manejo de las reglas del juego por los Comités supervisores de los Pactos y Convenciones de Derechos Humanos.

también expansiva de los Estados de las Américas¹⁰¹. 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 ésta, 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 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 sinsentido, pero guarda lógica. Hemos visto cómo 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 abstraídos¹⁰². Seamos universalistas, nos predicán. Cuidado con las distinciones que pretenden contrarrestar discriminaciones y que en realidad las producen, es la admonición que enseguida añaden. Ciertamente, sólo 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.

8.I. 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 ex-colonias. Todo un derecho de excepción erigido en regla constituye un

¹⁰¹ Gary LAWSON and Guy SEIDMAN, *The Constitution of Empire: Territorial Expansion and American Legal History*, New Haven, Yale University Press, 2004; Ediberto 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 sólo 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.

¹⁰² B. CLAVERO, *Genocide or Ethnocide, 1933-2007* (n. 48), pp. 135-136.

legado neto del colonialismo¹⁰³. 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 Universal¹⁰⁴. Puede también revertir sobre las metrópolis, pero sin un carácter regular, como régimen realmente sujeto a excepcionalidad y por tanto a transitoriedad¹⁰⁵. 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 Genocidio: la *perfectly normal assimilation* de los pueblos indígenas por los Estados postcoloniales, 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 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 sólo 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 diez 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

¹⁰³ Rabanir SAMADDAR, *Loi et terreur: Le constitutionnalisme colonial*, en “Diogène. Revue Internationale des Sciences Humaines”, 212-4, 2005, pp. 22-41; Anil KALHAN, *Colonial Continuities: Human Rights, Terrorism, and Security Laws in India*, en “Columbia Journal of Asian Law”, 20-1, 2006, pp. 93-234. Colaciónese también el título referido de los poderes extraordinarios de la Constitución de Malaysia.

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ 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 postguerra, pero su misma exposición en *Human Rights and the End of Empire* (n. 11), capítulo segundo citado (n. 38), 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: Benjamin MADLEY, *From Africa to Auschwitz: How German South West Africa Incubated Ideas and Methods Adopted and Developed by the Nazis in Eastern Europe*, en “European History Quarterly”, 35-3, 2005, pp. 429-464.

jurídica cumplida que inicie una nueva historia, toda una era de derechos por fin, ya desde entonces, universales en su concepción. No es ésta la evidencia histórica¹⁰⁶.

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 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 el silencio 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* 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 sólo representatividad y capacidad de humanidad, sino también conocimiento y dominio de universalidad¹⁰⁷. Proceden desde una posición no sólo 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 suya¹⁰⁸. No entienden que haya culturas humanas en plural, sino una civilización en singular que ella, la verdadera minoría, la que se arroga

¹⁰⁶ Hay títulos cuyo ensimismamiento conduce a proyectar la era de los derechos incluso más atrás en el tiempo como tradición europea o euroamericana: Norberto BOBBIO, *L'età dei diritti*, Turín, Einaudi, 1990; Louis HENKIN, *The Age of Rights*, New York, Columbia University Press, 1990. Aunque dedico un par de apartados a historia y filosofía de los derechos humanos, los de *Why the history of human rights international law is not written* y *Who can bad-mouth human rights?*, no entraré ahora en debate con una literatura que, idealizando en vez de historizando, ni siquiera afronta las cuestiones que aquí se abordan.

¹⁰⁷ 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 sólo 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 Taiwan. 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?

¹⁰⁸ Alastair PENNYCOOK, *English and the discourses of Colonialism*, Londres, Routledge, 1998. Toca a uno de los casos que nos han prestado ilustración, al de Malaya, Syed Hussein 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 (edición en bahasa, 1988).

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, sólo algunas, de tal supremacismo¹⁰⁹. Lo hemos presenciado en los debates de la Declaración Universal.

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 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 clarificación¹¹⁰.

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

¹⁰⁹ Véase una serie de volúmenes todos ellos de Cambridge University Press: Edward KEENE, *Beyond the Anarchical Society: Grotius, Colonialism, and Order in World Politics* (2002); Martti KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960* (2002); Paul KEAL, *European Conquest and the Rights of Indigenous Peoples: The Moral Backwardness of International Society* (2003); Antony 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*, in "International Affairs", 82-3, 2006, pp. 553-566.

¹¹⁰ J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights* (n. 5), pp. 274-275. La propuesta es soviética, como alternativa a las que solo se referían a minorías: "Everyone has the right to his ethnic, national culture, regardless of whether he belongs to a minority or majority of the population". Morsink abunda justamente en la incidencia tanto del enfrentamiento como de la connivencia entre Estados Unidos y la Unión Soviética, pero representando los bloques en un plan cerrado que le impide a mi juicio apreciar debidamente posiciones más matizadas como la de Yugoslavia.

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 párrafo segundo del artículo segundo, no interpone un voto en contra, sino que tan sólo 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 le 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 sólo fuera concebible el primero, el derecho procedente antes del Imperio y luego del Estado, o de unos Estados determinados. Sobran signos de persistencia postcolonial del supremacismo que impide la igualdad en derechos. La expresión puede ser superflua por supuesto¹¹¹. En rigor no hace falta para que opere ni tampoco para que se le perciba y denuncie, bien que esto último sólo suele producirse respecto a casos graves siempre, pero comparativamente episódicos¹¹².

8.II. Pueblos, minorías, mujeres, menores...

El derecho de los pueblos siempre ha estado presente en el orden internacional de los Derechos Humanos, sólo que en la Declaración Universal de forma solapada y además con alcance reservado a la verdadera minoría de la humanidad, la de cultura supremacista¹¹³. 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

¹¹¹ En inglés sigue sin necesitarse la equívoca expresión de *enemy law* (se tiene ahora la más limitada y ocasional de *enemy combatant law*) para contarse con la debida constancia: Clive Stafford SMITH, *The Eight O'clock Ferry to the Windward Side: Seeking Justice in Guantanamo Bay*, New York, Nation Books, 2007; ni para incluso prestarse testimonio desde el mismo estado mayor: Jack GOLDSMITH, *The Terror Administration: Law and Judgment Inside the Bush Administration*, New York, W.W. Norton, 2007.

¹¹² Contra el *enemy combatant law* y sin advertir sus raíces, se significa Ronald DWORKIN, *The Supreme Court Phalanx: The Court's New Right-Wing Bloc*, New York, New York Review, 2008, y *Why It Was a Great Victory*, en "New York Review", 55-13, 2008, pp. 18-21. Con anterioridad a este caso estadounidense de *Feindstrafrecht*, 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: Henryk M. BROKER y Michel R. LANG (eds.), *Fremd im Eigenen Land. Juden in der Bundesrepublik*, Frankfurt am Main, Fischer, 1979, como ejemplo (p. 149: "Das Feindbild im Volke und das Feindrecht im Staate bilden die zwei Seiten der Permanenz des Antisemitismus"). En comparación con Alemania, Italia o España, que han sufrido dictaduras en carne propia, en los medios anglosajones resulta más difícil de captar y reconocer la existencia solapada de todo un derecho de fondo contra el enemigo. En todo caso, se hable de *War on Terror* o de *Feindstrafrecht*, ya sólo la terminología belicosa degrada el orden penal: James 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 nº 1242154). Con buen criterio, Pietro Costa nos 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

¹¹³ Thyra EDWARDS, *The ILO and Post-War Planning for the African Colonies*, en "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): "[R]acial minorities is hardly the term for a group which constitutes one and a half billion, 75 percent of the world's human population" (citado por P. M. VON ESCHEN, *Race Against Empire*, n. 46, p. 48).

como se tiene entonces constancia de la alternativa que supone el silencio final al respecto. La Declaración implica ante todo que sólo 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* tienen derecho y el mismo derecho, el detalle de que esté aún abstrayéndose un buen número de pueblos, 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 práctica¹¹⁴. Importa el cómo tanto como el qué de la distinción 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 la de minoría de edad corre también sus riesgos y además no sólo en perjuicio de niños, niñas y adolescentes. Se le 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 sólo en unos primeros tiempos constitucionales¹¹⁵, 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 riesgos 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 desapercibida¹¹⁶.

¹¹⁴ Phillip Alston (ed.), *By the Best Interest of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, New York, Oxford University Press, 1994; Geraldine VAN BUEREN, *The International Law on the Rights of the Child*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995; Eugeen Verhellen (ed.), *Monitoring Children's Rights*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1996.

¹¹⁵ B. CLAVERO, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México, Siglo XXI, 1994.

¹¹⁶ Como buena prueba de cargo, Ira KATZNELSON, *When Affirmative Action Was White: An Untold Story of Racial Inequality in Twentieth-Century America*, New York, W.W. Norton, 2005.

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 voluntaria¹¹⁷.

Luego ha venido la distinción de los pueblos indígenas, desgajándoseles de las minorías, y algún detalle más. Habrá podido observarse que la Derechos de las Personas Pertenecientes 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 causalidad, 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 sólo 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 territorio¹¹⁸.

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, llámenseles como se quiera, lo que está es no sólo 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, dígase 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-

¹¹⁷ J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights* (n. 5), pp. 276-277. La clarificación es de procedencia belga, bien que sobre la base confusa de entender que el asunto de las minorías interesa a América y Europa y que resultan características de la primera las de inmigración y de la segunda las históricas.

¹¹⁸ Como muestra palpable, A. Dirk Moses (ed.), *Genocide and Settler Society: Frontier Violence and Stolen Indigenous Children in Australian History*, New York, Berghahn, 2004. Cabe añadir casos de herencia colonial más compleja: Lorenzo VERACINI, *Israel and Settler Society*, London, Pluto, 2006.

discriminación, sino el afianzamiento directo y en pie de igualdad de los derechos y las garantías, también y sobre todo de esto segundo.

Si se asegura y no sólo 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 sólo 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 sólo 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 sólo 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 bastan¹¹⁹.

8.III. *No distinction shall be made.*

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 suscitarlas. 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 sólo 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 Malaysia nos 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 individuos¹²⁰.

¹¹⁹ Roy L. BROOKS (ed.), *When Sorry Isn't Enough: The Controversy over Apologies and Reparations for Human Injustice*, New York, New York University Press, 1999; Elazar 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*, segunda edición, New York, Nova Science, 2004.

¹²⁰ 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 una 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 'jurisimprudencia')*, en "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.

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 éste 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. Sólo 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 conjugarlos¹²¹.

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 insidiosa 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* son de carácter individual. Lo son todos los derechos, no sólo 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 sólo 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

¹²¹ En el contexto que más ayuda a la constatación, Richard J. PERRY, *...From Time Immemorial: Indigenous Peoples and State Systems*, Austin, University of Texas Press, 1996, p. 243: "Appeals to democracy, equality under the law, supremacy of the individual, and so on, have served as overt rationales for policies aimed toward group dissolution". 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>.

parágrafo del segundo), incluso en Naciones Unidas los organismos de Derechos Humanos comienzan a hacerse cargo¹²².

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 desigualitaria¹²³, sólo 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 realmente 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 produce¹²⁴. 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 reconocerle 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 cultural¹²⁵.

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 de 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 sólo 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,

¹²² Wouter VANDENHOLE, *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, Amberes, Intersentia, 2005. Puede compararse Oddný Mjöll ARNARDÓTTIR, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, La Haya, Martinus Nijhoff, 2003.

¹²³ C. FINK, *Defending the Rights of Others* (n. 7), 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 la pauta para la Liga de Naciones.

¹²⁴ 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 socio-económica, 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. El texto se ofrece diligentemente en la *Political Database of the Americas* de la Universidad de Georgetown: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador.html>.

¹²⁵ S.J. ANAYA y Siegfried WIESSNER, *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Towards Re-empowerment*, en “Jurist: Legal News and Research”, 3 de octubre de 2007 (boletín en línea: <http://jurist.law.pitt.edu>), como comentario de urgencia a la espera de los volúmenes de análisis y reflexión que están preparándose.

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.

9. *Why the history of human rights international law is not written.*

Permítaseme añadir una sumaria reflexión a cuantas se han acometido desde que, hace más de un siglo, alguien tuvo la ocurrencia de hacer la intentona de ponerse a explicar *why the history of English law is not written*, acumulándose a partir de entonces interrogantes sobre esta o aquella historia jurídica que no acababa de escribirse de forma que lo que al final prácticamente nos estamos preguntando es por qué la historiografía del derecho, toda ella, no acaba de estar escrita o ni siquiera de comenzar a ponerse por escrito sobre terreno firme, una cuestión ciertamente inquietante si se formula por quienes llevamos ya poco menos que una entera vida dedicada a tal exacto empeño productivo de escritura¹²⁶.

Retomemos una constatación que me parece de lo más elemental: lo que importa es el derecho o, mejor dicho, el derecho de los derechos, no en cambio la historia aunque sea jurídica; o importa el primero más, bastante más, mucho más, que la segunda. Sólo el enviciamiento profesional de una historiografía cívicamente irresponsable puede pretender otra cosa aun cuando el derecho sin más, no el derecho de los derechos por lo usual, no deje de pesar en ella, como desde luego la viceversa¹²⁷. Ahí, en ese maridaje indisoluble y heterosexual, reside el obstáculo. El interés prioritario, confesado o inadvertido, por el derecho, y más aún si se trata del derecho de los derechos, puede fácilmente, con el trato cotidiano, convertir a la historiografía en una actividad de servicio sin entidad propia, en mero espejo del presente que selectivamente se aprecia o del futuro que en consecuencia se propugna. Si encima, para el asunto, no se distingue entre los Derechos Humanos como objeto de la historia y los derechos humanos o derechos y garantías sin más como aspiración humana, la ubicación y el escrutinio de la trayectoria de los primeros mediante la labor de la historiografía se hacen prácticamente imposibles. Con la mayúscula vengo indicando los derechos humanos realmente existentes, los del cuerpo de Naciones Unidas, para distinguirlos de la idea más genérica bajo regla de igualdad y canon de universalidad¹²⁸.

Por conferirles la significación que los derechos humanos merecen, los Derechos Humanos se contemplan como si fuesen el fin de la historia, con lo cual su tratamiento por encima del ordenamiento positivo viene a recaer en la filosofía, no en una historiografía que entonces resulta superflua al propósito. Y la simple formulación de derechos humanos por el derecho internacional opera conjurando en falso un carácter colonial que de hecho no se supera ni mucho menos. El derecho internacional ha sido entitativamente colonialista y no acaba de dejar de serlo. La historiografía más general del derecho internacional, al empecinarse en ignorar su estrecha vinculación al colonialismo, no es más que pura ficción. Si se depura de este lastre, la historia del

¹²⁶ B. CLAVERO, *Why American Constitutional History is not Written*, en "Quaderni Fiorentini", 36, 2007, pp. 1445-1547.

¹²⁷ Renáta UITZ, *Constitutions, Courts and History: Historical Narratives in Constitutional Adjudication*, Budapest, Central European University Press, 2005.

¹²⁸ Saladin MECKLED-GARCIA y Başak ÇALI, *Lost in translation: the human rights ideal and international human rights law*, en los mismos (eds.), *The Legalization of Human Rights: Multidisciplinary perspectives on human rights and human rights law*, Londres, Routledge, 2006, pp. 11-31.

derecho internacional que queda disponible resulta realmente magra¹²⁹. El hecho histórico de que el colonialismo generara el derecho internacional resalta desde luego en la demostración de su fortaleza en el momento de formularse los Derechos Humanos.

Con escasas excepciones que he intentado aprovechar, los Derechos Humanos no suelen ser objeto de más historia que que se entiende especializada y que en realidad es utilitaria. No suele con esto ni tematizarse la relación entre la forma de plantearse los Derechos Humanos por el derecho internacional y la persistencia del colonialismo hasta en su propio articulado. La historiografía, inclusive los mismos estudios sobre los Derechos Humanos promovidos por Naciones Unidas, es ciega al respecto. Ni aún extendiéndose a los derechos humanos por los tiempos más abiertamente coloniales, suele parecer el tema. Francisco Vitoria y otros no serían así intelectuales orgánicos de un imperio colonial, sino pioneros desprendidos y empeñados de los derechos humanos, inclusive, por si fuera poco, los indígenas¹³⁰.

Las propias excepciones a dicha pauta realmente generalizada aún se resisten a mirar de frente el alcance de los condicionamientos históricos de la Declaración Universal y su desarrollo internacional. De los Derechos Humanos no hay ni siquiera una historiografía equivalente a las historias profesionales, mejores o peores, del constitucionalismo. Quienes se dedican al derecho internacional no se arredran en ocuparse de su historia, como si no se necesitase de otra capacitación ni perspectiva. Suelen tratarla como transparente, como si las asunciones de la filosofía y las pretensiones del derecho iluminasen e incluso agotasen la materia¹³¹.

Dada la constancia de deficiencias en el cuerpo de los Derechos Humanos, comenzándose por la Declaración Universal, y la resistencia generalizada a admitirse llanamente la evidencia como si la misma constituyese la encarnación de los derechos humanos, la filosofía que se ocupa de ellos viene a polarizarse entre un par de tendencias, una crítica y otra apologética, y a operar, por efecto de la misma disociación, con dicotomías forzadas, como entre derechos colectivos y derechos individuales o entre relativismos y universalismo. Con estos mimbres sin más gama que la de dos colores, por no decir que en blanco y negro, es difícil tejer historia alguna sin que se produzcan pérdidas sustanciosas. Tanto se desprecian, por no manifestarse en términos de derechos, tradiciones no coloniales de respeto y convivencia como se

¹²⁹ A. ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law* (n. 109), p. 4: "Despite what I claim to be the centrality of colonialism for the generation of international law, the relationship between international law and the colonial encounter has not been seen in this way. Rather, many international lawyers, from both the First and the Third world, write as if international law came to the colonies fully formed (...), as if, in short, the doctrines of international law solved the problem of difference by preceding it." Su cita respecto a juristas del tercer mundo remite a Mohhamed BEDJAOU, *International Law: Achievements and Prospects*, Boston, Martinus Nijhoff, 1991, p. 7: "The New World was to be Europeanized and evangelized, which meant that the system of European international law did not change fundamentally as a result of its geographic extension to continents other than Europe."

¹³⁰ Para el caso de Bartolomé de las Casas, B. CLAVERO, *Genocidio y justicia. La destrucción de las Indias ayer y hoy*, Madrid, Marcial Pons, 2003, parte primera; para Vitoria y otros, Robert A. WILLIAMS Jr., *The American Indian in Western Legal Thought: The Discourses of Conquest*, Oxford, Oxford University Press, 1990.

¹³¹ Para una muestra significativa de historia usual, Imre SOFZABO, *Fondements historiques et développement des droits de l'homme*, en Karel Vasak (ed.), *Les dimensions internationales des droits de l'homme. Manuel destiné à l'enseignement des droits de l'homme dans les universités*, Paris, UNESCO, 1978, pp. 11-42; en inglés, UNESCO, 1979; edición revisada por P. Alston, Greenwood-UNESCO, 1982; en castellano, Serbal-UNESCO, 1984.

convierten en origen de los derechos humanos, figurando por supuesto la Declaración, los planteamientos colonialistas que se producen en términos de derechos. El vínculo efectivo que hemos visto entre *rights* sin más, los de parte colonial, y *human rights*, los de pretensión universal, sigue reproduciéndose en tiempos postcoloniales a los mismos efectos de desvirtuarse, monopolizarse y escamotearse derechos¹³².

A la Declaración Universal, apreciativa o 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, por el del individualismo y por el del universalismo. Igual se le podría endosar a la Declaración Universal la posición de defensa de los derechos colectivos de la dominación colonial y el relativismo de la discriminación profunda que así se alimenta y sostiene. Ni lo uno ni lo otro. Desde tales dicotomías, desde cualquiera de las alternativas maniqueas en debate, no puede accederse a la historia. Lo que como tal se presenta suele reducirse a trasunto de filosofía ensimismada o de doctrina exegética. La Declaración Universal sigue de hecho 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 universalidad¹³³. ¿Es un detalle que sólo interesa a la historiografía? No lo parece si atendemos a lo que suele placer esa narrativa entre juristas. Las dificultades actuales del reto de la universalidad de los derechos tienen bastante que ver con el ilusionismo encubridor del discurso historiográfico¹³⁴.

En el ámbito de la filosofía de los derechos humanos se figura una historia que sublima los 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... La tendencia crítica de la filosofía de los derechos humanos no cambia la imagen de ese sucedáneo de historia por generaciones, sino el sentido de la secuencia, invirtiendo la jerarquía. Entre

¹³² La preocupación por el relativismo, inclusive el del sesgo eurocéntrico del universalismo predominante, preside el estudio de J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights* (n. 5), 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. Para un registro de deficiencias que no deja de mirar a estos aspectos, Karin Arts y Paschal Miho (eds.), *Responding to the Human Rights Deficit: Essays in Honour of Bas de Gaay Fortman*, La Haya, Kluwer, 2003. No deje de contrastarse Richard A. FALK, *Human Rights Horizons: The Pursuit of Justice in a Globalizing World*, New York, Routledge, 2000. Y añádase la respuesta a un debate vivo: Jack DONNELLY, *Human Rights: Both Universal and Relative*, en "Human Rights Quarterly", 30-1, 2008, pp. 194-204, rechazando (p. 203) la "binary opposition between universality and relativity" que conlleva la pretensión "that universality necessarily *strengthens* human rights and that relativity necessarily *weakens* them".

¹³³ Para muestras elocuentes, John M. HEADLY, *The Europeanization of the World: On the Origins of Human Rights and Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2007; Lynn HUNT, *Inventing Human Rights: A History*, New York, W.W. Norton, 2007.

¹³⁴ 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)*, en "Quaderni Fiorentini", 17, 1988, pp. 499-505; también *Genocidio y justicia. La destrucción de las Indias ayer y hoy* (n. 130).

los últimos en el tiempo estarían los primeros en valía. En todo caso, esta historia usual no es más que sublimación no sólo de logros, sino también de frustraciones. Si Naciones Unidas no hubieran rechazado en el debate de la Declaración Universal el derecho individual y colectivo a la propia cultura o el derecho igualmente desdoblado, 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 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 retos¹³⁵.

La integración 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 humanidad, pues ahí lo que radica es la negación de los derechos, sino a los derechos sin más, sin necesidad de calificación, así como a reglas efectivas de reconocimiento y respeto entre 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 en busca de precedentes del doble sintagma, el formado por el sustantivo derecho y por el adjetivo humano, sin relación operativa alguna que con el derecho establecido, se emprende 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 se crea por el derecho establecido igualmente, de momento, en vano. Bien demostrados sus buenos oficios, la idealización histórica ha permanecido. Aun no bastando, puede desde luego contrarrestar el arraigo de la historia de los derechos humanos en la historia del derecho con todos sus imperativos críticos¹³⁶.

La historia de los derechos humanos ha de ser por supuesto una historia universal, lo que no quiere decir una historia que venga a concentrarse en Naciones Unidas. Bien al contrario, la misma impronta de universalidad no se la ha impreso originalmente a los derechos una organización internacional de Estados por mucho que

¹³⁵ 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 Christophe Swinarski (ed.), *Etudes 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; Kofi 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^e siècle – Los derechos humanos ante el siglo XXI – Human rights at the dawn of the twentieth-first century*, Bruselas, Bruylant, 1999, pp. 273-288.

¹³⁶ Katherine O'Donovan y Gerry R. Rubin (ed.), *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 (nn. 11 y 105); también, como se ha visto, B. IBHAWOH, *Imperialism and Human Rights* (n. 17), que es el volumen inaugural de la *State University of New York Series in Human Rights* dirigida por Zehra F. Kabasakal Arat, la autora de *Human Rights Worldwide: A Reference Handbook*, Santa Barbara, ABC-CLIO, 2006. Con la abstracción a la que de entrada se procede, acercamientos como el que representa H. DIPPEL, *Human Rights in America, 1776-1849* (n. 23), no acercan en cambio, sino que alejan irremisiblemente, la historia de los derechos humanos de la historia del derecho o de la historia sin más. Horst Dippel recuerdo que es el director del proyecto internacional *The Rise of Modern Constitutionalism, 1776-1849* (información en línea: <http://www.uni-kassel.de/~dippel/projekt>).

éstos lo presuman y que en la presunción les 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 al nivel de su conjunción de Naciones Unidas. La historia sería universal ya sólo por esto. Pero una suma de Estados, incluso de todos, no produce el universo. Tanto pueblo, tanta gente, queda fuera. Tantos grupos e individuos no tienen cabida. La misma concepción universal de los derechos humanos proponiéndose como Derechos Humanos, los de Naciones Unidas, viene originalmente de sectores sociales que se esfuerzan por hacerse presentes en 1945 y 1948 porque los Estados de Naciones Unidas no es un secreto que abrigan otras intenciones. Y se encuentran primero con el rechazo más radical y luego con el olvido más empecinado. La concepción de la igualdad y el respeto entre humanos, se expresara o no en términos de derechos, puede entonces encontrarse en muchas latitudes distintas y lejanas de San Francisco y París. 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 ofrece¹³⁷.

El propio cuerpo internacional de los Derechos Humanos ayuda a todos estos efectos con las formas de desenvolverse que le caracterizan. Crean un espejismo de origen en 1948 o incluso desde 1945 que puede perjudicar tanto a la reconstrucción de la historia como a la construcción del derecho, a ambas dimensiones a la par. Considerándose la Declaración Universal tanto principio del derecho humano como fin de la historia inhumana, la misma nunca se retoca, aunque salten a la vista sus deficiencias, y los instrumentos ulteriores se presentan como su necesario desarrollo orgánico, aunque no puedan ocultarse las contradicciones. 1960 ofrece un buen ejemplo. Reléase un pasaje del primer pronunciamiento ya citado de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales: “The subjection of peoples to alien subjugation, domination and exploitation [...] is contrary to the Charter of the United Nations”; “La sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras [...] es contraria a la Carta de las Naciones Unidas”. 1960 se retrotrae a 1945 abrazando así de paso a la Declaración Universal que flagrantemente ignora dicho principio. Y la Carta de Naciones Unidas, porque se refiriese al principio de libre determinación de los pueblos, tampoco es que en rigor lo reconociese como derecho de estos sujetos en la forma en la que se declara en 1960 y se refuerza en 1966.

A efectos jurídicos, pudiera parecer que algo tiene de bueno, por el compromiso que comporta, la tendencia de Naciones Unidas a entenderse a sí mismas, desde su propio nacimiento, como defensoras de tal derecho en particular, el de libre

¹³⁷ Reza AFSHARI, *On Historiography of Human Rights*, en “Human Rights Quarterly”, 29-1, 2007, pp. 1-67, bajo supuestos en comparación menos universales, por más precisos, es comentario crítico de 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 P.G. LAUREN, *The Evolution of International Human Rights: Visions Seen* (1998), Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2003. Significativamente, la introducción de este volumen va encabezada por la famosa cita de Margaret Mead: “Do not make the mistake of thinking that a small group of thoughtful, committed people cannot change the world” (como referencia de acarreo, conoce variantes que mantienen el núcleo de tal mensaje dudoso en sí y más aún fuera de contexto). R. AFSHARI, *On Historiography of Human Rights*, p. 1, respecto a la evidente disparidad “between the often-celebrated normative global achievements” y “the often-lamented failure to enforce them”: “Weakness so obviously apparent in the enforcement process signify the lack of vigor in the normative consensus; the vim and vigor by which the face was adorned by high-flying colors might in fact have masked a frail body”.

determinación, o de los derechos humanos todos en general¹³⁸, pero el escenario de tamaña presunción no constituye desde luego una buena guía para la historiografía. Desfigura retrospectivamente tanto los hechos como el derecho, el material entero del empeño historiográfico al respecto. La dudosa bondad práctica de la operación no tiene por qué hipotecar a la historiografía cívicamente responsable. Bien al contrario, la indagación histórica que saca a la luz y somete a análisis las reales posiciones naciounitenses de los Derechos Humanos puede no sólo aportar conocimiento desinteresado, sino también ayudar decisivamente a la efectividad de dicho mismo compromiso de las Naciones Unidas 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.

10. *Who can bad-mouth human rights?*

“¿Quiénes pueden hablar mal de los Derechos Humanos?” ¿Quiénes pueden no tener sino parabienes y alabanzas para la doctrina internacionalista que los hace profesionalmente cosa suya y así los predica y promueve? ¿Quiénes? Depende, cabe responderse. Tampoco tiene por qué ser la maledicencia una perversidad. Historia mediante, los derechos humanos pueden beneficiarse de la puesta en evidencia de los Derechos Humanos. La historiografía, no digo que crítica pues otra no merece la denominación, puede prestar asistencia a los segundos a fin de que se identifiquen con los primeros o se esmeren en ello y huelgue así por fin la distinción entre mayúsculas y minúsculas, ésta no sólo ortográfica, como tantas otras igualmente sustantivas¹³⁹.

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 arrastra secuelas. Hemos constatado que la Declaración Universal de los Derechos Humanos es originalmente autorreferencial pues se dirige a los mismos que la producen, los Estados, como también hemos visto que para los propios *Covenants* de Derechos Humanos, los Pactos 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 o, si prefiere decirse, de ciudadanía. Las cosas

¹³⁸ Sirva de ilustración del estilo usual de los planteamientos más favorables a derechos un caso al que ya me he referido (n. 96): A. XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards* (n. 92), pp. 49-67, contemplando un instrumento internacional de los tiempos de posición colonial de Naciones Unidas y que no deja de responder a esta postura como 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 colonizados.

¹³⁹ Tomándola de otros, *who can bad-mouth human rights?* es la pregunta nada retórica que sirve de arranque a M. MAZOWER, *The Strange Triumph of Human Rights* (n. 8), con la osadía de no rehuirla, pp. 379-381: “We will look in vain to scholarship to shed much light [...]. [T]he ideas are disembodied and plucked from their historical context [...]. Historians have allowed the vagaries of intellectual fashion [...]. [T]he history of how law has been deployed in international politics remains a ghetto [...]. In fact, while the post-war rise of human rights can be told in the optimistic mode in part as the triumph of civilization over realpolitik and barbarism, it cannot, in justice, be fully explained unless we are aware that it was, at the same time, a triumph, and one imbued with its fair share of cynicism, for state interest too [...]”, como ya había recientemente resaltado Kirsten SELLARS, *The Rise and Rise of Human Rights*, Stroud, Sutton, 2002. Puede seguirse fácilmente leyendo el trabajo íntegro de Mazower. Sus dos artículos citados (nn. 8 y 109) están disponibles en línea: http://www.columbia.edu/~mm2669/m_articles.html.

van dificultosamente cambiando. Comenzándose por la misma Declaración Universal de los Derechos Humanos, las normas internacionales pueden no ser lo que han sido¹⁴⁰.

La doctrina usual, pues no entiende de historia, igual que proyecta el presente en el pasado, confunde los diagnósticos de la historia con las posturas en liza. Se entra así en debates vanos al convertirse las constataciones sobre tiempo pretérito en tomas de posición respecto al valor presente de los instrumentos en cuestión, como si esto no hubiera de ser asunto independiente. Hoy, el mismo cuerpo de Derechos Humanos, si viene por fin a considerársele 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 ciudadanía, debe asumir que sus destinatarios son tan universales como sus beneficiarios, obligando no sólo a los propios Estados, sino a cualesquier agentes de cualquier género, dígase corporaciones empresariales, organizaciones religiosas, organizaciones no gubernamentales y todo el largo etcétera hasta llegar a cualquier particular. Esto mismo de la vinculación general, no sólo política o estatal, 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 de la que no hay conciencia¹⁴¹.

Lo que está con todo en juego es la resolución del desafío que se rehuye desde un arranque de los Derechos Humanos, el de que se logre un derecho internacional de los derechos humanos no sesgado por el peso de un pasado que no pasa, el de una larga

¹⁴⁰ La Declaración Universal de los Derechos Humanos tiene ahora, al cabo de cerca de los sesenta años, un reconocimiento explícito como norma que vincula a los Estados por delante de las propias Convenciones o Tratados y esto sucede mediante las reglas del procedimiento de Examen Periódico Universal a que se somete ahora, desde 2008, a los mismos y que conduce el flamante Consejo de Derechos Humanos (Resolución de este Consejo 5/1, de 18 de junio de 2007, *Institution-building, Universal Periodic Review Mechanism, Basis of the Review*, “a) The Charter of the United Nations; b) The Universal Declaration of Human Rights; c) Human rights instruments to which a State is party...”). Véase también lo que establecen los Pactos Internacionales de los Derechos Humanos (artículos 50 del de Derechos Civiles y Políticos y 28 del de Derechos Económicos, Sociales y Culturales): “The provisions of the present Covenant shall extend to all parts of federal States without any limitations or exceptions”. Estados Unidos demora la ratificación del primero, haciéndolo además con reservas, hasta 1992, y del segundo hasta el día de hoy. El Reino Unido procede a ratificar en 1976 y 1977 respectivamente, mas también con reservas, respecto en parte a territorios ultramarinos como especie remanente de cláusulas coloniales todavía. En cuanto al valor normativo actual de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la explicación 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 normativo durante un largo periodo de tiempo.

¹⁴¹ Andrew CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, es un estudio de tal problemática de la vinculación a derechos humanos de todos los agentes internacionales, no sólo los Estados, que requeriría una lectura profana, quiero decir no especializada, a la que desde luego le sorprendería que se susciten tales y tantos problemas respecto a cuestiones aparentemente tan elementales como que las agencias de Naciones Unidas y las corporaciones o empresas multinacionales han de encontrarse, en la práctica y para la doctrina, sujetas a los derechos humanos. Son más los agentes internacionales que aquí se consideran como *non-state actors* obligados a derechos humanos, pero con llamativas ausencias cual la del caso de las iglesias o religiones transnacionales, pareciendo que para esta especie añeja de organizaciones-no-gubernamentales definitivamente no rigieran, por ejemplo, el principio de la no-discriminación por sexo, los derechos fundamentales del trabajo o los procedimientos básicos del debido proceso, como si excusase la tradición propia, esto es la historia no analizada o ni siquiera así identificada.

y dura historia colonial¹⁴². La confusión no ayuda así para nada a la historiografía, pero tampoco a la postre al derecho en absoluto. Cuando la Convención sobre los Derechos del Niño adopta principios distintos a los de la Declaración homónima; cuando el mismo instrumento supera la categoría de minoría de los individuos con la que guarda conexión la de minorías para el caso de los grupos; cuando la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer desplaza a la que se dedicara a sus derechos políticos; cuando la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas sienta lo contrario que el párrafo cuarto del primer artículo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (recuérdese, el que asume aquello de la *perfectly normal assimilation*); en cuantas ocasiones se ha dado el caso, no se reconoce ni alteración ni cancelación ni superación ni rectificación, como si la franqueza empañase una legitimidad en vez de ayudar al cambio y reforzar así la propia posición de los derechos¹⁴³. En tales condiciones, ¿qué conciencia ni ciencia históricas pueden haber? ¿Qué derecho ni qué doctrina en rigor?

En términos generales, cuando sólo con el cambio de milenio, hace así nada, las Naciones Unidas comienzan a entender que todos sus organismos y agencias han de sujetarse a la inspiración primordial de los derechos y perseguir el objetivo prioritario de sus garantías, no se reconoce que con anterioridad no ha sido así y que incluso se han fomentado políticas, como las del Fondo de Población, sistemáticamente vulneradoras de derechos humanos de lo más básicos. Entre tales pretensiones, no sólo es imposible la historia, sino dificultoso el derecho. El mismo sistema de supervisión de las Convenciones de Derecho Humanos por Naciones Unidas ha de aviárselas entre solapamientos, desajustes y contradicciones. Los giros recién mencionados son todos posteriores a nuestro término de 1966, a los Pactos de Derechos Humanos que suelen tenerse por la culminación de un *International Bill of Rights*¹⁴⁴, pero las referencias no

¹⁴² A. ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law* (n. 109), p. 317, planteando “the question of whether it is possible to create an international law that is not imperial; that can, in fact, further justice, increase the wellbeing of humanity, without relapsing into the imperial project” y dejándola abierta: “This is a large question, to which again I have no adequate answer”, con una oportuna aclaración: “It is not my intention here to be deterministic, to relentlessly demonstrate that colonialism has always been reproduced by international law over the last five centuries of its existence and that this will therefore inevitably continue to be the case”; A. XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards* (n. 92), p. 35: la mera concepción de los derechos estrictamente humanos como derechos exclusivamente individuales en consonancia “with western liberal theories strikes me as cultural imperialism” y, cabe añadir, colonialismo económico, pues las empresas transnacionales tienen más fácil acceso a los recursos si los derechos sobre los mismos son del Estado anfitrión y no de los pueblos o de las comunidades, y se penetran mejor los mercados si su desregularización está en manos del Estado y no cuentan con autonomía política ni mercantil pueblos ni comunidades. No hay alta filosofía de derechos sin baja historia de intereses, aunque el gremio del pensamiento no es que suela darse por enterado.

¹⁴³ Para los derechos humanos en general vale el argumento sobre las garantías procesales y penitenciarias en particular expuesto por J. FORMAN Jr., *Exporting Harshness* (n. 112): tomar la actual *War on Terror* o podríamos añadir, el *Feindstrafrecht* como una aberración de procedimiento o desviación de política respecto a un buen derecho penal nos ciega completamente para detectar las raíces de lo primero en lo segundo e incapacita por consiguiente para sanar lo que no es en caso alguno un simple episodio; igualmente, engañarnos sobre los Derechos Humanos de Naciones Unidas o ilusionarnos hasta tal punto con ellos, no teniendo ojos sino tan sólo para con las violaciones de los mismos, nos impide ver los problemas que dicho derecho internacional sigue provocando contra los derechos humanos. J. FORMAN Jr., *Exporting Harshness*, p. 5: “Our failure is to see our flaws. Convinced that our system is the most rights-protective, we are insufficiently self-reflective”.

¹⁴⁴ Como hemos constatado y resulta bien sabido (J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights*, n. 5, p. 13 ya citada), un *international bill of rights* es literalmente lo que se decide realizar en Naciones Unidas en 1947, antes de desgajarse Declaración de Convención y ésta en dos *Covenants*, con

he dejado de registrarlas. Han ayudado a poner en su lugar los lances habidos entre 1945 y 1966. Ahí se les tiene hoy¹⁴⁵. De tal proceso normativo, tal narrativa histórica.

Y también tal doctrina jurídica. A la doctrina no le he prestado mayor atención, aunque alguna alusión haya hecho. Merece por supuesto una historia por sí misma y en su contexto, sin la duda más mínima en el caso del derecho internacional¹⁴⁶; no obstante, para el panorama general y sobre todo para la identificación de los problemas, los de carácter jurídico inclusive, la doctrina es accesoria y resulta onerosa¹⁴⁷. Se mueve por lo general, incluso en el caso del derecho internacional, a rastras de la práctica lastrando su desenvolvimiento. Habrá desde luego excepciones que impulsen¹⁴⁸, pero de la doctrina académica aún predominante en medios no sólo supremacistas, de una literatura internacionalista por lo normal de carácter exegetico y fondo apologético, puede decirse que ofrece, con toda la utilidad práctica que se quiera, mal acceso al derecho y peor a la historia. La imagina en forma retrospectiva, anulándola, al servicio presunto del derecho¹⁴⁹. Para acercarnos a una comprensión del origen y la trayectoria,

implicaciones como las vistas y algunas más. Para visión convencional sobre la formación del cuerpo integrado por la una y los otros, Stephen JAMES, *Universal Human Rights: Origins and Development*, El Paso, LFB, 2007.

¹⁴⁵ P. Alston y James Crawford (eds.), *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000; Dinah Shelton (ed.), *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2000; Anne F. BAYEFSKY, *The UN Human Rights Treaty System: Universality at the Crossroads*, La Haya, Martinus Nijhoff, 2001; Christof Heyns y Frans Viljoen (eds.), *The Impact of the United Nations Human Rights Treaties on the Domestic Level*, La Haya, Martinus Nijhoff, 2002; Rüdiger Wolfrum y Volker Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, Springer, 2005; W. VANDENHOLE, *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, pp. 29-31, 83-86, 183-186 y 286-293.

¹⁴⁶ Susan MARKS, *The Riddle of All Constitutions: International Law, Democracy, and the Critique of Ideology*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 4-6: “[I]nternational legal scholars are not just commentators upon international law; they are participants in its making”, con lo cual “analysis affect outcomes; knowledge is bound up with power”, y ante lo cual “[o]ne way of gaining ‘critical distance’ from prevailing interpretations of international law is [...] through research into international legal history”; otro, complementario, “by stepping outside the circle of international legal thought”.

¹⁴⁷ A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors* (n. 141), pp. 59-63, páginas sobre *Subjects as Prisoners of Doctrine*, sobre la vejada cuestión de los sujetos de derecho internacional, inclusive el individuo como el sujeto primario de derechos humanos, inspirándole el expresivo epígrafe Rosalyn HIGGINS, *Problems and Process: International Law and How We Use it*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 49-50: “We have all been held captive by a doctrine that stipulates that all international law is to be divided into *subjects* –that is, those elements bearing, without the need for municipal intervention, rights and responsibilities; and *objects* –that is, the rest”, comprendidos, como los Estados primordialmente entre los primeros, los individuos en el resto; con esto, “[w]e have erected an intellectual prison of our own choosing and then declared it to be an unalterable constraint”; frente a lo cual, según otras posiciones, “the correct starting-point is an examination of whether individuals can or cannot be *subjects* of international law”. Conforme en sí a la Declaración Universal, no hay que añadir que nadie lo podría, ni colonial ni colonialista.

¹⁴⁸ Pueden también proceder de las mismas Naciones Unidas publicándose entre sus documentos: Francesco CAPOTORTI, *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, 1979, reeditado en 1991; José MARTÍNEZ COBO, *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*, 1981-1983, actualmente en trance de edición en el sitio del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/en/spdaip.html>. El segundo, cuya elaboración realmente se debiera a Augusto Willemsen, corrige al primero por supuesto.

¹⁴⁹ D. SHELTON, *Commentary and Conclusions* del capítulo séptimo, *Human Rights*, en la misma (ed.), *Commitment and Compliance* (n. 145), pp. 449-463; p. 449: “The first instrument adopted by the member states to define the rights referred to in the Charter was the 1948 Universal Declaration of Human Rights

las dificultades y los dilemas de los Derechos Humanos interesa, antes que la doctrina jurídica, la antropología subyacente, esto es la serie de presupuestos culturales operativos, deliberados o inconscientes, de un supremacismo tan miope y pertinaz, tan interesado y ventajista también, todo sea dicho¹⁵⁰.

Tengo para mí que hasta el día en el que los Derechos Humanos y la doctrina correspondiente no suelten franca, completa y definitivamente el lastre colonial de la antropología supremacista no se producirá un arranque sostenido de una narrativa solvente de los derechos humanos. Seguirán pasando sin más por tales los Derechos Humanos pese a sus hipotecas no sólo históricas, pues son gravosas aún en el presente. ¿Quién podría sospechar que el derecho para el enemigo, ese derecho que sirve para cancelar derechos, cabe que aceche en la Declaración Universal de los Derechos Humanos? ¿Quién iba a pensar que ésta misma albergue la figura de un sujeto latamente colonial que se dice incluido y que lo que resulta es excluido por efecto no tan paradójico del propio pronunciamiento de inclusión, innecesario en otro caso? ¿En qué cabeza podría haber que, si hay realmente un derecho que construye con eficacia al enemigo para denegar garantías, éste es el que quedara a cubierto con la Declaración Universal de los Derechos Humanos? *Who can bad-mouth Human Rights?*

Who can bad-mouth rights? Quienes piensan en serio que los derechos de los seres humanos pueden y 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 anda predicando tanto como, si derechos se entienden los que así se presumen, defraudando. Ambas vertientes, la de la pretensión como la de los efectos, interesan para abordar una historia de la doctrina jurídica, inclusive la internacionalista. Como tarea primaria, se trataría no sólo de poner en evidencia el *absolutismo* normativo dominante, esto es la posición entreguista de todo derecho, comprendido el de los derechos humanos, a los Estados y a las Naciones

(UDHR), a non-binding resolution of the UN General Assembly. From the beginning, however, the drafters of the UDHR intended that it be the first step, a 'common standard of achievement' that would lead to a binding agreement on the subject. The 1966 Covenants on Civil and Political Rights and on Economic, Social and Cultural Rights fulfilled the drafters' expectations by incorporating the UDHR rights in binding international agreements. The UDHR remains, however, and many assert that its norms have become legally binding on all members of the United Nations as an authoritative interpretation of member states' human rights obligations, or that the UDHR is binding on all states as customary international law through state practice and *opinio iuris*", suerte de doctrina al cabo; pp. 455-456: en base a H. HANNUM, *The Status of the Universal Declaration of Human Rights* (n. 67), una historia entera de la Declaración Universal, para la cual el parágrafo segundo del artículo segundo por supuesto no existe, resulta triunfal.

¹⁵⁰ Para testimonio de un estado crítico de conciencia teniéndose a la vista embarazos de crecimiento y no hándicaps de nacimiento, véase el intercambio entre P. ALSTON, *The Myopia of the Handmaidens: International Lawyers and Globalization*, y Shirley V. SCOTT, *International Lawyers: Handmaidens, Chefs, or Birth Attendants?*, en *European Journal of International Law*, 8-3, 1997, pp. 435-448, y 9-4, 1998, pp. 750-756, respectivamente (aunque no lo recuerden ni la historia sea su asunto, un epíteto como el de *handmaiden* para juristas procede precisamente del primer cuestionamiento sobre *why the history of law is not written*: B. CLAVERO, *Why American Constitutional History is not Written*, n. 126, pp. 1445-1446). Análogamente, Frédéric MÉGRET y Florian HOFFMANN, *The UN as Human Rights Violator? Some Reflections on the United Nations Changing Human Rights Responsibilities*, en "Human Rights Quarterly", 25-2, 2003, pp. 314-342, no se ocupan de si los Derechos Humanos puedan ser lesivos de los derechos humanos, sino de acciones que los conculquen acometidas de una u otra forma bajo la autoridad de Naciones Unidas.

Unidas, sino también de ir resaltando las desviaciones reveladoras¹⁵¹. A partir de ahí, no estaría la historia de los derechos humanos hecha ni mucho menos, pero, desvelado el *absolutismo* internacionalista, se despejarían las posibilidades de acometerla¹⁵².

El paso primerísimo para hacer historia, doctrina e historia de la doctrina ya lo conocemos, el de no absolutizar 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 a otros agentes, por la vía más dudosamente efectiva de un derecho consuetudinario¹⁵³. Del registro de la Declaración Universal digamos que ni histórica ni actualmente resulta, como su denominación oficial pretende, *de los derechos humanos, of human rights*, sino *sobre derechos humanos, on human rights*. Presuman cuanto quieran la doctrina y la política, ni los agotó ni los agota; ni los creó ni los crea; ni los determinó ni los determina. Por fortuna para las posibilidades de derechos universales y sujetos iguales.

¹⁵¹ Como piedra de toque para ambos elementos, el de la regla y el de la excepción, respecto al derecho y la doctrina de Estado en los casos de Francia e Italia y aunque no haga explícitamente suya la perspectiva de los derechos, Paolo GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milán, Giuffrè, 1998. Desgraciadamente, un libro interesante al respecto que respondiera a encargo para ser publicado en inglés no se ha vertido hasta el momento a dicha lengua del mercado imperial de las ideas: P. GROSSI, *Scienza Giuridica Italiana. Un profilo storico, 1860-1950*, Milán, Giuffrè, 2000.

¹⁵² Signo elocuente del *absolutismo* de base de los Derechos Humanos lo ofrecerá 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, con dicha obligación de defender los que así en concreto se definen y con este reconocimiento concesivo, como si fuera preciso, en su artículo séptimo: “Everyone has the right, individually and in association with others, to develop and discuss new human rights ideas and principles and to advocate their acceptance”. No hay que decir que para la doctrina prevaleciente 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: Stephen F. MARKS, *The United Nations and Human Rights*, en Richard Pierre Claude y Burns 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.

¹⁵³ La pauta más común de la doctrina internacionalista es la que hemos visto expresada por D. SHELTON, *Commentary and Conclusions* (n. 145), en el sentido de entender que en rigor, como orden vinculante, el derecho internacional sólo se compone del derivado de tratados entre Estados y del convertido por la práctica de éstos mismos en costumbre normativa, lugar éste donde la Declaración Universal quedaría finalmente comprendida. El fundamento de autoridad de una posición tan generalizada es anterior a los Derechos Humanos, el constituido por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38: “The Court [...] shall apply: a) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states; b) international custom, as evidence of a general practice accepted as law; c) the general principles of law recognized by civilized states; d) [...] judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law”, cuyas mismas referencias tanto a Estados como a doctrina –las *civilized nations* y las enseñanzas de los *most highly qualified publicists*– acusa un trasfondo colonialista. La misma idea de un derecho meramente consuetudinario de alcance vinculante por su práctica entre Estados y sólo entre ellos, con toda la exclusión de humanidad que en tiempos coloniales esto implicaba y que no se remedia por descolonizar en forma de erección clónica de Estados, eso mismo tiene raíz colonial y responde a sesgo supremacista aun cuando deje de cualificarse con lo de “civilizados”. Que dicha concepción pueda finalmente aplicarse a Derechos Humanos también guarda relación con sus deficiencias de origen de tal mismo tenor colonialista. He aquí toda una prehistoria por hacer, prehistoria pendiente de hacerse historia, quiero decir de reconstruirse mediante la labor de la historiografía que merezca el nombre de historia. Lo de crítica ya sabemos que es superfluo.