

# Derechos humanos y los límites de la ley<sup>(\*)</sup>

Amartya Sen<sup>(\*\*)</sup>

1. En una oración que suena raramente conservadora -hasta reaccionaria- Mary Wollstonecraft escribió en 1790: “bajo qué principio puede el Sr. Burke defender la independencia americana, me es difícil de concebir”. Esto está en el primero de los dos libros de Wollstonecraft sobre lo que hoy en día llamamos “derechos humanos”, titulado *A Vindication of the Rights of Men*, en *A Letter to the Right of Honourable Edmund Burke*. ¿De qué podría estar hablando?

De lo que Mary Wollstonecraft estaba hablando, en verdad, era de lo inadecuado de la defensa de la libertad de la población no esclava en la colonia británica de Norte América sin enfrentarnos, al mismo tiempo, a los derechos de aquellos seres humanos que se encontraban esclavizados. Wollstonecraft continuó diciendo: “(E)l tenor de los argumentos plausibles (de Burke) basan la esclavitud en una fundación perpetua. El permitir su servil referencia a lo anticuado, y su prudente atención a los intereses propios, que tengan la fuerza que él insisten que tengan, entonces la trata de esclavos no debería ser abolida nunca; y, porque nuestros ignorantes antepasados, no entendiendo la dignidad nativa del hombre, permitieron un comercio que ultraja cada sugerencia de razón y religión, debemos someternos a tal costumbre inhumana, y llama un atroz insulto a la humanidad el amor a nuestro país, y una completa sumisión a las leyes por la que nuestra propiedad se encuentra asegurada<sup>(1)</sup>”.

Edmund Burke estaba muy en contra de la Revolución Francesa, pero completamente a favor de la guerra de Independencia americana: Mary Wollstonecraft estaba a favor de ambas. Lo que intenta dejar en claro aquí, como en otros textos, es que es difícil justificar la defensa de la libertad de los seres humanos de tal manera que separe a algunas personas, cuyas libertades importan, de otros que no sean incluidas en esa selecta categoría. Dos años después, en 1972, Mary Wollstonecraft publicaría el

segundo de sus tratados sobre los derechos humanos llamado *A Vindication of the Rights of Woman*<sup>(2)</sup>. Uno de los temas recurrentes en este volumen es que no podemos defender los derechos del hombre, en particular, sin tomar similar interés en los derechos de la mujer.

A pesar de que los argumentos de Wollstonecraft no entraban a ver temas de jurisprudencia, hacía un uso poderoso del hecho de que hay algo inmediatamente llamativo acerca de la presunción de que cada persona, en cualquier lugar del mundo, independientemente de su ciudadanía y residencia y las leyes del país en que opera, tiene ciertas exigencias básicas a la atención de otros, solamente por ser humano. Sin embargo, para darle a la idea lo debido, debemos examinar que trae a colación el reconocimiento de que alguna exigencia en particular debería contar como un derecho humano. ¿Cómo deberíamos pensar respecto a la base de un derecho humano? ¿Cuál es la naturaleza de esta disciplina si es que hay alguna subyacente a toda la discusión política?

Debemos preguntarnos también: ¿cómo se relacionan los derechos humanos con la ley? No es sorprendente que haya una fuerte tentación a vincular los derechos humanos a la ley, cosa que Wollstonecraft se abstuvo de hacer. Hay al menos tres razones para querer ver este vínculo. Primero, si bien la idea de un derecho humano es relativamente reciente, el concepto de derecho legal es viejo, bastante asentado y ampliamente difundido, y hay una razón algo obvia de querer ver las nuevas exigencias a la luz de viejas interpretaciones. Segundo, el lenguaje de los derechos humanos se encuentra claramente influenciado por la terminología legal. El término “derecho” tiene un fuerte antecedente legal. No es de sorprender, entonces, que muchas personas objeten el uso de la variación de un término legal de una manera estrictamente no

(\*) El presente artículo fue publicado originalmente bajo el nombre de *Human Rights and the Limits of Law*. En: *Cardozo Law Review*. Número 6. Volumen 27. 2006. pp. 2913-2927. La traducción del presente artículo, con autorización expresa del autor y *Cardozo Law Review*, estuvo a cargo de Paola García Necochea y Raúl Vizcarra Castillo, miembros de la Asociación Civil **ius et veritas**.

(\*\*) Premio Nobel de Economía en el año 1998. Profesor Lamont University, Profesor de Economía y Filosofía en la Universidad de Harvard. Algunos de los temas metodológicos considerados aquí han sido discutidos en SEN, Amartya. *Elements of a Theory of Human Rights*. En: *Philosophy and Public Affairs*. Número 34. 2004.

(1) WOLLSTONECRAFT, Mary. *A Letter to the Right of Honourable Edmund Burke*. En: *A Vindication of the Rights of Man; with a Vindication of the Rights of Woman, and Hints*. 1995. pp. 5 y 13 (en adelante *Vindication*).

(2) WOLLSTONECRAFT, Mary. *A Vindication of the Rights of Woman*. 1792. Reimpreso en: *Vindication*. Supra nota 1; p. 65.

legal. Hay una sospecha de que hay cierta confusión conceptual en la idea de los derechos humanos -sospecha que Jeremy Bentham (como discutiré en este artículo) dio elocuente expresión. Y tercero, para quienes luchan por los derechos humanos, frecuentemente buscan promover legislación fresca en esa dirección, para que la conexión entre derechos humanos y derechos legales sea de inmediata atención a aquellos que avocan por nuevas leyes.

Lo convincente de estos argumentos sería difícil de negar. Y, sin embargo, me gustaría argumentar que las rutas legales para entender los derechos humanos no son solamente engañosas, puede que estén equivocados en su base. Las distintas rutas legales que he sugerido -discutiré tres vías distintas- adolecen de ser ya sea mal dirigidas o seriamente incompletas.

2. Antes de proseguir, debo hacer una aclaración. La retórica de los derechos humanos es a veces aplicada a la actual legislación inspirada por la idea de derechos humanos. Evidentemente no hay gran dificultad en ver el obvio estatus jurídico de esos derechos ya "legalizados". No importa cómo se les llame ("derechos humanos legales" o lo que fuese), están hombro a hombro con otras legislaciones establecidas. No hay nada particularmente complicado respecto a esta interpretación. La pregunta entonces es si es eso todo lo que hay en cuanto a derechos humanos: ¿se vuelve reales solo cuando son legislados?

Eso no puede ser toda la historia. Por un lado está que la diagnosis previa de la importancia de algunos derechos juega un rol importante en motivar legislación. En verdad algunos de los grandes actos legislativos y convenciones legales (tales como la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales) se han inspirado, ciertamente en algunas exigencias preexistentes acerca de los derechos humanos. Hay temas importantes respecto al estatus y posición de los derechos humanos antes de que exista legislación que tenga como meta el darle fuerza a esos derechos.

Aún más, debemos examinar si es que la legislación es la única vía -o la preeminente- por la que los derechos humanos aceptados pueden ser efectivos. ¿La relevancia práctica de los derechos humanos es enteramente parasítica a la legislación existente? Esto sería difícil de aceptar. Consideremos, por ejemplo, un país donde no hay leyes -escritas o no escritas- que protejan la libertad de expresión y la prohibición de arrestos arbitrarios. ¿Pueden las autoridades políticas ahí arrestar a personas por ser críticas del gobierno, sin que esto sea visto como una seria violación a los derechos humanos de los disidentes? ¿El encarcelamiento continuo de un prisionero acusado mas no juzgado estaría exento de una condena por violación de

derechos humanos cuando este prisionero no esté cubierto por una convención ratificada, tal como el acuerdo de Génova (tema que ha recibido cierta atención en los debates acerca de la aceptabilidad de los acuerdo de detención de Guantánamo)? O para ponernos en otro tipo de caso, ¿el hecho de que las autoridades fallen en proveer educación a los niños y niñas no se considera una brecha a los derechos humanos, a pesar de que no exista un derecho a la educación consagrado en la legislación vigente?

Estas son preguntas pertinentes, y hay buena base para ser escépticos de una visión tan parasíticamente legal de los derechos humanos. Sin embargo, visto desde el otro lado, la idea de que hayan derechos humanos inclusive sin una legislación específica es visto por muchos como fundamentalmente dubitativa y carente de convencimiento. Una pregunta crónica es: ¿de dónde vienen estos derechos? Muchos filósofos y teóricos legales ven la retórica de los derechos humanos como habladurías -quizá una tierna y noble forma de locución- pero habladuría al fin y al cabo. ¿Es necesaria la fuerza de una legislación, o al menos la reinterpretación judicial de leyes existentes, necesarias para que tengan sentido los derechos humanos?

La relación entre las leyes y los derechos humanos requiere de un examen más cercano. Voy a distinguir tres tipos de conexión legal, los derechos humanos en particular son (i) post-legales; o, (ii) proto-legales; o, (iii) ideales-legales. Voy a argumentar que si bien cada uno de estas conexiones puede ser contingentemente importantes, fallan -tanto individual como conjuntamente- en hacer justicia a la naturaleza y uso de los derechos humanos. Debemos ver a los derechos humanos, argumento, bajo un espectro mucho mayor, en donde la motivación legal, la legislación actual y la ejecución judicial solo pueden ser una parte.

De manera más particular, yo argumentaría que los derechos humanos son mejor vistos como articulaciones de ética social, comparables a -pero diferentes de- la ética utilitaria. Su uso funcional se encuentra en el rol en la razón práctica. Como muchos dogmas éticos, los derechos humanos pueden, por supuesto, ser discutidos, pero la exigencia de la generalidad de los derechos humanos es que estos sobrevivirán un escrutinio abierto e informado. La universalidad de estas exigencias depende de la oportunidad de una discusión sin trabas. Como ha argumentado John Rawls, la objetividad de la ética social o política puede ser vista en términos de su habilidad de ser sostenida por "un marco público de pensamiento" que provea "un reporte de acuerdo en criterio por parte de agentes razonables"<sup>(3)</sup>.

Tendré que decir más acerca de la naturaleza de la ética social involucrada, pero empiezo con una crítica a las perspectivas de los derechos humanos completamente dependientes de la ley -esto es, el

(3) RAWLS, John. *Political Liberalism*. 1993. pp. 110-112.

ver a los derechos humanos ya sea como consecuencias de la legislación relevante, o como precursores de dicha legislación, o como base ideal para la legislación apropiada.

3. Estas preguntas, debo recalcar, no son nuevas. Discusiones sobre este tema se han dado por más de doscientos años. La Declaración Americana de Independencia consideraba que era “evidente” que cada uno ha sido dotado por el Creador de ciertos derechos inalienables” y, trece años más tarde, en 1789, la declaración francesa de “los derechos del hombre” hacía más fuerte la noción de que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”. Pero no le tomó mucho a Jeremy Bentham para que en sus *Anarchical Fallacies*, escritas durante 1791-1792 (dirigidas contra los “derechos del hombre” franceses) proponga que se deje de lado tales exigencias. Bentham insistía que “derechos naturales es un verdadero sin sentido: derechos naturales e imprescriptibles, sin sentido retórico, -un sin sentido que marcha sobre zancos”<sup>(4)</sup>. Esta dicotomía se encuentra muy viva en nuestros días, y a pesar del persistente uso de la idea de los derechos humanos en los asuntos mundiales, hay quienes ven la idea de derechos humanos como “gritar sobre papel” -para emplear otra de las espinosas representaciones que empleaba Bentham de las exigencias de derechos naturales, tales como los “derechos del hombre” franceses.

Sin embargo, visto como exigencias éticas -en vez de legales-, las demandas sociales vinculadas a los llamados “derechos del hombre” son tan absurdas como los propios pronunciamientos utilitarios de Bentham. En verdad la analogía entre la articulación de derechos humanos y proposiciones utilitaristas ha sido de considerable perspicacia, a pesar de que el gran fundador del utilitarismo moderno no se percatara de tal conexión en su clásico malicioso ataque sobre los derechos naturales en general y sobre los “derechos del hombre” en particular. Bentham consideraba que la comparación apropiada era aquella específicamente entre el significado legal, respectivamente, de (i) la declaración de derechos humanos; y, (ii) los derechos efectivamente legislados. De manera poco sorprendente descubrió que los primeros no tenían el estatus que los derechos efectivamente legislados evidentemente poseían.

“El derecho, el derecho sustantivo, es el hijo de la ley; de las leyes reales vienen los derechos reales; pero de las leyes imaginarias, de los ‘derechos naturales’, (solo pueden venir) ‘derechos imaginarios’”<sup>(5)</sup>.

Es fácil ver que el rechazo de Bentham a la idea de “derechos naturales” del hombre depende sustancialmente en la retórica del uso privilegiado del término “derecho”, visto este en su interpretación específicamente legal. Sin embargo, en cuanto los derechos humanos son tomados como exigencias éticas significativas, él hacer notar que no tienen necesariamente fuerza legal o institucional -al menos todavía no- lo que es suficientemente obvio, pero absolutamente irrelevante al fin y al cabo. La comparación correcta es, entonces, aquella entre (i) una ética basada en el utilitarismo (cuyo paladín es Bentham, sin más ni menos), que ve la importancia de la ética fundamental en las utilidades pero ninguna en los derechos humanos; y, (ii) una ética que tiene espacio para la significación de los derechos humanos (tales como los que abogaban por los “derechos del hombre”), ligados con la importancia básica de las libertades humanas.

Tal como la ética utilitaria razona sobre la manera en que hay que tomar en cuenta las utilidades de las personas relevantes para decidir qué debe hacerse, el enfoque de los derechos humanos exige que debe otorgárseles reconocimiento ético a la importancia de las libertades incorporadas en la forma de los derechos humanos. La comparación relevante se da principalmente en el contraste -no en el diferenciar la fuerza legal de los derechos legislados frente a la ausencia de fuerza legal generada por un reconocimiento ético de los derechos humanos. Inclusive mientras Bentham estaba ocupado escribiendo su despidio de los “derechos del hombre” en 1791-1792, el alcance y rango de la interpretación ética de los derechos estaba siendo explorado poderosamente en escritos tales como el *Rights of Man* de Thomas Paine, y de manera aún más innovadora, en los dos libros de Mary Wollstonecraft previamente mencionados (a pesar de que ninguno pareciese llamar la atención de Bentham)<sup>(6)</sup>.

¿Si los derechos humanos no son post legales, hay posibilidad de que acaso sean proto-legales? En verdad una interpretación ética de los derechos humanos va no solamente contra el verlos como demandas legales (y en contra de verlos como, desde la perspectiva de Bentham, exigencias legales), también difiere de una visión centrada en las leyes, que los ve básicamente como base para las leyes -casi “esperando convertirse en leyes”. Los derechos legales y éticos tienen, por supuesto, conexiones motivacionales. En un ensayo justamente celebrado, *Are There Any Natural Rights?*, Herbert Hart ha argumentado que las personas “hablan de sus derechos morales principalmente cuando han sido incorporados en un sistema legal”<sup>(7)</sup>. Agrega que el

(4) BENTHAM, Jeremy. *Anarchical Fallacies; Being an Examination of the Declaration of Rights Issued during the French Revolution*. En: *The Works of Jeremy Bentham*. Tomo II. 2005. p. 501.

(5) *Ibid.*; p. 523.

(6) Véase, PAINE, Thomas. *Rights of Man, Part One* (1791). En: *Rights of Man*. p. 39; PAINE, Thomas. *Rights of Man, Part Two* (1792). En: *Rights of Man*. Supra, p. 39; WOLLSTONECRAFT. Supra nota 1.

(7) HART, H.L.A. *Are There Any Natural Rights?* En: *Philosophical Review*. Número 64. 1955. pp. 175 y 177. Reimpreso en: WALDRON, Jeremy. *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984. pp. 77 y 79.

concepto de derecho “pertenece a una rama de la moralidad que ve específicamente lo concerniente a determinar cuándo la libertad de una persona puede ser limitada por la de otro y determinar qué acciones pueden ser, de manera apropiada, hechas sujetos de reglas legales coercitivas”<sup>(8)</sup>. Mientras Bentham veía a los derechos como “hijos de la ley”, la perspectiva de Hart toma forma, en efecto, en ver algunos derechos naturales como “padres” del derecho -motivan e inspiran algunas legislaciones específicas.

Puede haber, en verdad, poca duda respecto a la idea de que los derechos morales pueden -y ha sido así en la práctica- servir como la base para una nueva legislación. Ha sido empleado frecuentemente de esta manera, y en verdad es un uso importante de los derechos humanos. Esta, por ejemplo, es precisamente la manera en que la diagnosis de derechos inalienables fue invocado en la Declaración Americana de Independencia y reflejado en la legislación estadounidense subsiguiente (incluyendo las enmiendas); un camino que ha sido bastante recorrido en la historia legislativa de muchos países en el mundo. Proveer inspiración a la legislación es ciertamente una manera en que la fuerza ética de los derechos humanos ha sido desplegada de una manera constructiva.

Sin embargo el reconocer que tal conexión existe no es lo mismo que tomar que la relevancia de los derechos humanos dependa exclusivamente el determinar lo que Hart llama “de manera apropiada, hecha sujeto de reglas legales coercitivas”. Es importante notar que la idea de los derechos humanos pueden ser -y son- usados de muchas otras maneras. Entonces, si los derechos humanos son vistos como poderosas exigencias morales -en verdad como “derechos morales” para emplear la frase de Hart- entonces hay razón de cierto catolicismo en considerar diferentes caminos para promocionar estas demandas. Las maneras y medios de hacer progresar la ética de los derechos humanos no puede, entonces, estar confinada a solo crear nuevas leyes. Por ejemplo el monitoreo y otro apoyo activista, provisto por organizaciones tales como Human Rights Watch, Amnistía Internacional, la ACLU, OXFAM, o Médicos sin Fronteras, pueden contribuir en el avance del alcance efectivo de derechos humanos reconocidos. En muchos contextos la legislación puede que no esté involucrada de manera alguna.

4. El punto no es si es que la ruta legislativa puede hacer más efectiva la ética social de los derechos humanos. Ciertamente puede hacer esto en varios casos. El punto es, en vez, que hay muchas otras rutas también, que puede hacer la ética de los derechos humanos más influyente y efectiva.

Primero, bajo lo que puede ser llamado la “ruta del reconocimiento” (para distinguirlo de la “ruta legislativa”), hay reconocimiento, pero no necesariamente legalización alguna o aplicación institucional de un tipo de exigencias que puede ser visto como derechos humanos fundamentales. La Declaración Universal de Derechos Humanos, patrocinada por las Naciones Unidas en 1948, que quizá fue la movida más importante en cuanto al avance de las actividades globales de los derechos humanos en el último siglo, cae bajo esta categoría (a pesar de que quienes elaboraron la Declaración también esperaban que esto llevara a legislaciones específicas en diferentes países). Subsecuentemente ha habido una secuencia de otras declaraciones internacionales, frecuentemente a través de las Naciones Unidas, dando reconocimiento -en vez de un estatus legal y coercitivo- a varias demandas generales, por ejemplo la “Declaración sobre el Derecho al Desarrollo”, firmado en 1986. Este acercamiento es motivado por la idea que la fuerza ética de los derechos humanos se vuelve más poderosa en la práctica otorgándole un alto perfil de reconocimiento social y un estatus reconocido, a pesar de que no haya aplicación instituida.

Otra línea de implementación va más allá del reconocimiento a una activa agitación. Puede haber una organizada defensa que urja el cumplimiento con ciertas demandas básicas de todos los seres humanos que sean vistos como derechos humanos, y también puede darse un monitoreo de las violaciones de estos derechos e intentos para generar presión social efectiva. Las ONG globales han estado cada vez más involucradas en el avance de los derechos humanos, a través de discusiones públicas y apoyo por un lado, y publicitando y criticando violaciones por el otro.

Es digno de hacerse notar que inclusive cuando los agentes involucrados en la promoción activista de los derechos humanos no poseen estatus legal alguno, pueden causar una diferencia en la práctica política, social y administrativa a través del uso de leyes existentes, combinado con la búsqueda del acceso público y los debates críticos. Por ejemplo, a diferencia de las Comisiones de Derechos Humanos de la India y Sudáfrica, que son reconocidas en sus respectivas leyes nacionales, la Comisión de Derechos Humanos de Pakistán es básicamente una ONG, y sin embargo bajo el liderazgo visionario y corajudo de Asma Jahangir, I.A. Rehman y otros, ha sido notablemente efectiva en identificar y resistir violaciones a los derechos humanos, y en defender a personas vulnerables incluyendo minorías religiosas y mujeres maltratadas<sup>(9)</sup>.

5. He argumentado bastante en contra de la visión de los derechos humanos como una consecuencia

(8) *Ibid.*; p. 79.

(9) Para una buena discusión de algunas de estas actividades de apoyo Véase *Human Rights Commission of Pakistan (HRCO). The State of Human Rights in 2001*. 2002.

de una apropiada legislación, o como una motivación para tal legislación. Pero, ¿qué hay acerca de la tercera perspectiva relacionada con el derecho -la cual ha sido expuesta en algunas ocasiones- que los derechos humanos son mejores vistos como ideales para la legislación? Esto plantea una pregunta interesante acerca del alcance apropiado del camino legislativo. ¿Se puede pretender que si cierto derecho humano es visto como importante, debe ser entonces idóneo para ser legislado en un derecho legal específico?

No queda claro si esto es así en los hechos. Para algunos derechos, el camino ideal bien puede no ser la legislación, sino algo más, tal como el reconocimiento o las manifestaciones sociales, o aún la discusión pública y educación, con la esperanza de cambiar el comportamiento de aquellos que contribuyen a la violación de los derechos humanos. Por ejemplo, reconocer y defender el derecho moral de una esposa a ser consultada de las decisiones familiares, aún en las sociedades tradicionales sexistas, puede ser extremadamente importante<sup>(10)</sup>. Y aún parece completamente plausible que la legislación coercitiva, con la prisión o multa de los esposos por ignorar las opiniones de sus esposas, puede ser una vía demasiado obtusa de asegurar que los esposos consulten a sus esposas sobre las decisiones familiares. Debido a la importancia de la comunicación, defensa, exposición, y discusión pública informada, los derechos humanos pueden tener influencia sin depender necesariamente de disposiciones legales coercitivas.

En forma similar, el derecho moral o político -el cual puede ser visto fácilmente como un derecho humano- de un orador un tanto lento de no ser desairado en una reunión pública abierta, por un orador verbalmente veloz y groseramente articulado, puede muy bien ser algo importante para el amor propio de dicho orador, sino también para el bien público. No obstante, no es probable que sea un sujeto posible de legislación punitiva. La protección de tal derecho humano tendría que ser buscada en otra parte. La efectividad de las demandas de derechos humanos no descansa en verlos, invariablemente como propuestas putativas de la legislación.

Posiblemente también sea importante enfatizar que hay varios caminos para salvaguardar y promover los derechos humanos, diferentes a la legislación, y que estas rutas diferentes tienen una considerable complementariedad. Por ejemplo, para una efectiva exigibilidad de los derechos humanos recientemente legislados, el monitoreo público y la presión pueden hacer una diferencia considerable. La ética de los derechos humanos puede ir con una variedad de instrumentos interrelacionados y una versatilidad de caminos y medios. Esta es una de las razones por la

cual es importante dar el debido estatus ético a los derechos humanos, más que confinar prematuramente al concepto de derechos humanos, dentro de la estrecha caja de un enfoque completamente legal.

6. Permítanme ahora dejar de presentar críticas acerca del entendimiento puramente legal de los derechos humanos (como conceptos post legales, proto-legales, o de ideales-legales) e ir hacia una exigencia constructiva. Una declaración de derechos humanos es una afirmación de la importancia de las libertades correspondientes -las libertades que han sido identificadas y privilegiadas en la formulación de los derechos en cuestión. Por ejemplo, el derecho individual a no ser torturado fluye de la importancia de la libertad de no ser torturado para todos. Esto va con la afirmación de la necesidad para otros de considerar qué es lo que ellos pueden hacer razonablemente para asegurar el que todos estemos libres de tortura. Para un potencial torturador, la exigencia es obviamente bastante clara -es decir, abstenerse y desistir de ello. La exigencia aquí toma la forma de lo que Immanuel Kant llamaba una "obligación perfecta"<sup>(11)</sup>. Sin embargo, para otros, esto es, aquellos que no son torturadores- también hay responsabilidades, aun cuando ellas son menos específicas y vengan en la forma general de "obligaciones imperfectas" (para invocar otro concepto Kantiano). Las obligaciones imperfectas son deberes generales de cualquiera en la posición de ayudar, de considerar qué es lo que él o ella pueden razonablemente hacer en el asunto en cuestión. La demanda perfectamente especificada de no torturar a nadie, es complementada por el requerimiento más general -y menos específico- de considerar las formas y medios a través de los cuales se puede prevenir la tortura y luego decidir qué es lo que uno debe razonablemente hacer, de ser posible, en un caso particular.

El reconocimiento de los derechos humanos, no es una insistencia para que todos en todas partes hagan algo para ayudar a prevenir cada violación de derechos humanos sin importar donde esta se de. Es, más bien, un reconocimiento que, si uno esta en una posición en la que es posible hacer algo efectivo para prevenir la violación de tal derecho, entonces uno tiene una obligación de considerar hacer exactamente eso. Es posible que preocupaciones sobre obligaciones o de otra índole puedan abrumar la razón para que no se realice la acción en cuestión, pero tal razón no puede ser eliminada únicamente por el hecho de que no es "asunto mío". Las obligaciones imperfectas no deben ser confundidas con no tener ningún tipo de obligación.

Puede ser útil ilustrar la distinción entre las diferentes clases de obligación con un ejemplo

(10) La importancia pública y el alcance social de la participación de las mujeres en las decisiones familiares es discutida en el capítulo agencia femenina y cambio social en: SEN, Amartya. *Development as freedom*. 2000. pp. 189-203.

(11) Véase KANT, Immanuel (editado y traducido por Mary Gregor). *Crítica a la Razón Práctica*. 1997 (publicado originalmente en 1788).

concreto. Considere un caso real que ocurrió en Queens en New York en 1964 cuando una mujer, Kitty Genovese, fue fatalmente atacada ante la vista de otros que observaron el evento desde sus departamentos y no hicieron nada para ayudarla. Es posible sostener que aquí sucedieron tres cosas terribles, que son distintas pero que están interrelacionadas:

a) que la libertad de Genovese -y su derecho- de no ser atacada fue violado (claramente lo más reprochable en este caso es que Kitty Genovese fue asesinada);

b) que el asesino violó la inmunidad que cada uno debe tener contra ser atacado y asesinado (la violación de una "obligación perfecta"); y,

c) que los otros que no hicieron nada para ayudar a la víctima, también transgredieron su obligación general -e "imperfecta"- de ayudar, la cual se podía esperar razonablemente que ellos llevaran a cabo.

Estas fallas distintivas muestran un patrón complejo de correspondencia entre derechos-deberes, en una ética estructurada.

Como sucede en las leyes de algunos países, hay inclusive una exigencia legal, la cual difícilmente puede tener una precisión extrema, de proveer ayuda razonable a terceras personas. Por ejemplo, en Francia, hay una disposición sobre "responsabilidad criminal por omisión" cuando se omite proveer ayuda razonable a otros que estuvieran sufriendo algún tipo particular de trasgresión. No es sorprendente, la existencia de grandes ambigüedades en la aplicación de tales normas y que hayan sido sujeto de considerables discusiones legales en años recientes<sup>(12)</sup>. La ambigüedad de los deberes de este tipo -sea en la ética o en la ley- serían difíciles de evitar si se le da algún tipo de cabida a obligaciones de terceras personas de otras en general, y esto no puede ser evitado por una adecuada teoría de derechos humanos.

Aunque el reconocimiento de los derechos humanos (con sus exigencias y obligaciones relacionadas) son afirmaciones éticas, ellas no necesitan, por ellas mismas, entregar un plano completo para una evaluación valorativa. Un acuerdo sobre derechos humanos en verdad incluye un compromiso firme -de decir, de dar consideraciones razonables a los deberes que surgen de dicho endoso ético. Pero aún estando de acuerdo respecto a afirmaciones, pueden todavía haber debates serios, en particular en casos de obligaciones imperfectas, en (i) las mejores maneras por la cual se le presta la atención debida a los derechos humanos, (ii) cómo los diferentes tipos de derechos humanos deben ser sopesados unos contra otros y sus respectivas demandas ser integradas; y, (iii) cómo los reclamos de derechos humanos deben ser consolidados con otras preocupaciones evaluativas que también

merezcan atención ética, etcétera. Una teoría de los derechos humanos debe dejar espacio para futuras discusiones, debates y argumentos. El enfoque del razonamiento abierto al público, el cual es central para la interpretación de los derechos humanos (como lo proponemos aquí), puede definitivamente resolver algunas disputas sobre la cobertura y el contenido (incluyendo la identificación de algunos derechos claramente defendibles y otros que serían difíciles de sostener), pero habría que dejar otras posibilidades sin resolver, al menos tentativamente. La admisibilidad de un campo de disputa continua no es una vergüenza para la teoría de los derechos humanos.

En las aplicaciones prácticas de los derechos humanos, tales debates son, por supuesto, bastante comunes y completamente habituales, particularmente entre activistas de derechos humanos. Lo que se sustenta aquí es que la posibilidad de tales debates -sin perder el reconocimiento básico de la importancia de los derechos humanos- no es solo una característica de lo que se puede llamar "práctica de los derechos humanos", sino que es realmente parte de una disciplina general de derechos humanos (más que ser una vergüenza para tal disciplina). La variabilidad de este tipo esta típicamente presente en todas las teorías generales de la ética sustantiva. En efecto, una diversidad similar puede ser encontrada en la ética centrada en la utilidad (una material que ha sido extensamente explorada en la teoría contemporánea de la elección social), aunque esta característica de tal amplia disciplina ética a menudo recibe poco -o ningún- reconocimiento (ciertamente fue poco discutida por el propio Jeremy Bentham).

7. Iré ahora hacia una crítica de una interpretación no legal (o más propiamente, no completamente legal) de los derechos humanos que es aplicado particularmente a la inclusión de algunos derechos económicos y sociales dentro del campo permitido de los derechos humanos. Por ejemplo, desde que no es posible para algunos países pobres eliminar el hambre completamente, se sostiene que la libertad de no tener hambre no es posible que sea vista como un derecho humano.

Maurice Cranston ha señalado el argumento en forma cortante: "Los derechos políticos y civiles tradicionales no tienen dificultad para instituirse. La mayoría de ellos, requieren de gobiernos, y generalmente otras personas, para dar al hombre paz (...) Los problemas planteados por reclamos de derechos económicos y sociales, sin embargo, son totalmente de otro orden. ¿Cómo pueden los gobiernos de esas partes de Asia, África, y Sudamérica, donde la industrialización difícilmente ha empezado, ser razonablemente llamados a

(12) Véase ASHWORTH, Andrew y Eva STEINER. *Criminal Omissions and Public Duties: The French Experience*. En: *Legal Studies*. Número 10. 1990. p. 153; WILLIAMS, Glanville. *Criminal Omissions: The Conventional View*. En: *Law Quarterly Review*. Número 107. 1991. p. 86.

proveer seguridad social y vacaciones pagadas a millones de personas que habitan esos lugares y se multiplican de forma tan rápida?<sup>(13)</sup>

Evaluando esta línea de rechazo, debemos preguntarnos: ¿por qué la completa factibilidad debe ser una condición de convencimiento de los derechos humanos cuando el objetivo es trabajar hacia la expansión tanto de su factibilidad como su realización actual? La interpretación de que algunos derechos no se han realizado completamente, y que no podrían aún ser completamente alcanzados bajo las presentes circunstancias, por sí mismo, no implica ninguna conclusión como las que señalan que no existen derechos. Más bien, este entendimiento ético sugiere, tal como Mary Wollstonecraft señaló con mucha claridad, la necesidad de trabajar hacia el cambio de las circunstancias prevalecientes para hacer alcanzables aquellos derechos que no han sido alcanzados, y que sean finalmente derechos alcanzados.

Es importante notar, asimismo, en este contexto que la cuestión de la factibilidad no está confinada solamente a los derechos económicos y sociales; es un problema mucho más extendido. Aún considerando las libertades y autonomías, el garantizar que una persona sea “tenga paz” (como lo ve Cranston) nunca ha sido particularmente fácil. Este hecho elemental no puede ser más claramente reconocido ahora, al menos desde el 11 de septiembre de 2001, o el 7 de julio de 2005. Si la actual factibilidad de garantizar el cumplimiento completo y comprensivo fuera hecha como una condición necesaria para el convencimiento de cualquier derecho, entonces no solo los derechos económicos y sociales, sino también libertades, autonomías y aún derechos políticos podrían no llegar a ser convincentes.

8. Finalmente, antes de terminar este artículo, sería útil dirigirme brevemente hacia una preocupación que mucha gente podría tener respecto a la falta de concreción que una teoría no legal (o no completamente legal) de los derechos humanos podría tener. Yo he sustentado que sobrevivir en una discusión pública -un criterio que es central para el enfoque de los derechos humanos que estoy tratando de presentar- puede hacer que algunos reclamos de derechos humanos sean más fáciles de defender que otros. Esto me parece que es la naturaleza del territorio en el que estamos. Como Aristóteles remarcó en *Ética para Nicómaco*, nosotros tenemos que “buscar precisión en cada clase de cosa tanto como la naturaleza del tema lo admita”<sup>(14)</sup>.

La conexión entre el razonamiento público y la formulación y uso de los derechos humanos es extremadamente importante de entender. En general la plausibilidad que estos reclamos éticos -o sus denegaciones- tengan, están, bajo esta teoría, dependen de su supervivencia y prosperidad cuando ellos encuentren discusión y escrutinio sin obstrucciones, junto con amplia disponibilidad informativa. La fuerza de cualquier pretensión particular para ser vista como un derecho humano, sería seriamente minada si fuera posible mostrar que tal pretensión tiene poca probabilidad de sobrevivir a un abierto escrutinio público. Pero al contrario de una razón comúnmente ofrecida para el escepticismo y rechazo, el caso de derechos humanos no puede ser desechado simplemente señalando el hecho (cuando este es el caso) de que en regímenes políticamente y socialmente represivos en donde no se permite la discusión pública abierta, muchos de estos derechos humanos no son tomados en serio.

Incluso en cuanto a lo que concierne al uso, el hecho que el monitoreo de violaciones de derechos humanos y el procedimiento del “señalamiento público” pueda ser tan eficaz (al menos, en la puesta de los infractores en la defensiva) es un indicio del alcance del razonamiento público cuando la información se hace disponible y los argumentos éticos son permitidos más que suprimidos.

El rol del razonamiento público en el entendimiento y en el reconocimiento de los derechos humanos se vincula, de hecho, en forma cercana con el enfoque de Adam Smith frente a la jurisprudencia. En vez de tratar de servir solo las opiniones dominantes de grupos dirigentes, Smith vio la necesidad de traer perspectivas desde, como Smith dijo, cierta distancia. Una de las ilustraciones de Smith de valores parroquiales que necesitaron la confrontación con opiniones de otros lugares fue la tendencia de todos los comentaristas políticos en Grecia antigua, incluyendo a los atenienses sofisticados, de considerar el infanticidio como un comportamiento social perfectamente aceptable. Incluso Platón y Aristóteles no dejaron de expresar su aprobación, hace notar Smith, de esta práctica extraordinaria que “la costumbre ininterrumpida había (...) completamente autorizado por ese tiempo” en la Grecia antigua<sup>(15)</sup>.

Mientras una audiencia europea o americana ahora podría encontrar fácil creer que las perspectivas distantes pueden ser útilmente invocadas en caso de sociedades “atrasadas” como Sudán o Afganistán, en las cuales, por ejemplo, se dan crímenes en

(13) CRANSTON, Maurice. *Are There Any Human Rights?* En: Daedalus. Otoño 1983. pp. 1, 13.

(14) La admisibilidad de ambigüedades ineludibles dentro del marco de valoración racional es discutida en SEN, Amartya. *Internal Consistency of Choice*. En: *Econometrica*. Número 61. 1993. p. 495. Reimpreso en SEN, Amartya. *Rationality and Freedom*. 2002. p. 121 (2002); SEN, Amartya. *Maximization and the Act of Choice*. En: *Econometrica*. Número 65. 1997. p. 745. Reimpreso en: *Rationality and Freedom*. Supra, p. 158. Véase también SEN, Amartya. *Inequality Reexamined*. 1992. pp. 46-49, 131-135.

(15) SMITH, Adam (editado por D.D. Raphael y A.L. Macfie). *The Theory of Moral Sentiments*. 1976 (publicado originalmente en 1759). p. 210.

defensa del honor y las mujeres adúlteras podrían ser apedreadas hasta morir, puede no haber un reconocimiento correspondiente de la necesidad de hacer esto para países más avanzados en Norteamérica o Europa. Sin embargo, las prácticas bien establecidas en un país avanzado y rico, el cual recibe apoyo extendido dentro del país, podría ser sujeto de serias críticas -y rechazo- en muchos otros países, donde los diálogos públicos pueden incluir otras consideraciones que son ignoradas en el primer país. Tales divergencias pueden ser vistas inclusive entre Europa y América. Por ejemplo, el pleno uso de la pena capital, acompañado o no de la aceptación pública, puede recibir una crítica persuasiva fuera de las fronteras de aquel país o Estado. Para evaluar los distintos puntos de vista, "los ojos del resto de la humanidad", (para usar la frase de Adam Smith) podrían ser invocados para entender si una "pena parece equitativa"<sup>(16)</sup>.

La utilidad -o inutilidad- de perspectivas distantes tiene clara relevancia en algunos debates actuales en los Estados Unidos. Por ejemplo, el tema surgió cuando la Corte Suprema de Estados Unidos tuvo que considerar recientemente la propiedad de usar la pena capital para crímenes cometidos en edad adolescente. El veredicto mayoritario de la Corte, que estuvo en contra de la predominante práctica americana de permitir aquella ejecución, en verdad citó algunos argumentos y perspectivas en esta materia de otros países. En su reporte minoritario, el Juez Scalia vio esto como un acto de diferir hacia "extranjeros que piensan similar"<sup>(17)</sup>. Pero esta, de hecho, no fue la vía en que las experiencias extranjeras y las evaluaciones fueron incorporadas en este particular veredicto mayoritario de la Corte. Por el contrario, este fue basado en el entendimiento que en las deliberaciones para llegar a veredictos de lo correcto y lo incorrecto en América -y de decidir un castigo apropiado- se debe tomar nota sensiblemente del discernimiento que las perspectivas no locales proveen. La coherencia de invocar espectadores imparciales desde "cierta distancia" de Smith tiene una directa orientación en interpretar la clase de consideraciones que pueden ser internalizadas dentro de un entendimiento amplio del rol del razonamiento público en el mundo contemporáneo.

Esta cuestión es particularmente importante en evaluar el pesimismo hacia la aceptación universal de los derechos humanos en campos de diferencias culturales. No es solo la profundidad de las diferencias en el tema de libertades y derechos entre diferentes sociedades frecuentemente muy exagerada. (como ya discutí en otra parte), sino que también existe una fuerte necesidad de ver debates y discusiones dentro de un

país, cuando es permitido, a la luz de las interacciones globales a lo largo del mundo. Las que son tomadas como críticas "extranjeras" frecuentemente corresponden a críticas internas de grupos no dominantes, influenciados por ideas tanto globales como locales. Si se dijera, que los disidentes iraníes están presos por un régimen autoritario precisamente por su heterodoxia, cualquier sugerencia de que ellos deberían ser vistos como "embajadores de los valores de Occidente" en vez de como "disidentes iraníes" agregaría solo insulto a la herida.

Este tema es particularmente importante al evaluar el pesimismo frente a una aceptación universal de los derechos humanos sobre la base de diferencias culturales. No es solamente la diferencia en el tema de las diferentes libertades y derechos entre las diversas sociedades a veces sumamente exagerado (como he discutido en otro lugar), pero también hay una fuerte necesidad de ver los debates y discusiones dentro de un país, cuando se es permitido, a la luz de la interacción global en el mundo. Lo que se ve como críticas "foráneas" suelen corresponder a críticas internas de grupos que no están dentro del *mainstream*, influenciados por ideas globales así como por ideas locales. Si digo que los disidentes iraníes son encarcelados por un régimen autoritario precisamente por su heterodoxia, sugerir que ellos deberían ser vistos como "embajadores de los valores occidentales" en vez de "disidentes iraníes" sería añadir al insulto injuria.

El hecho que regímenes autoritarios estén típicamente temerosos de los medios de comunicación sin censura y de las imparables discusiones públicas, lo que los hace recurrir suficientemente a menudo hacia la represión (incluyendo censura, intimidación, encarcelación, y hasta la ejecución), provee alguna evidencia indirecta que la influencia del razonamiento público puede en verdad ser muy grande. Esa influencia también hace más efectivos los medios y maneras de interacción incluyendo el reconocimiento social, monitoreo informado, y manifestaciones públicas que los activistas de los derechos humanos tienden a usar.

Si tenemos razones en ir más allá de las leyes existentes, para hacer justicia a los derechos humanos, también tenemos buenas razones de enfocarnos particularmente en la importancia del razonamiento público. En efecto, la discusión pública es centralmente importante, tanto para el reconocimiento de los derechos humanos, como para su realización y progreso. El entendimiento es también una invitación a ver más allá de la rígida caja de los derechos actualmente legislados. Hay un inmenso mundo de derechos humanos legítimos, más allá de los límites de la ley. <sup>AS</sup>

(16) SMITH, Adam (editado por R.L. Meek). *Lectures on Jurisprudence*. 1978. p. 104 (publicado originalmente en 1763).

(17) *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 608 (2005) (Scalia, J., en desacuerdo).