

ALGUNAS CONSIDERACIONES A PROPÓSITO DEL NÚCLEO DURO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Carlos J. Zelada* **

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Desde esa fecha el movimiento de derechos humanos se ha fortalecido cobrando mayor importancia y notoriedad. En el presente artículo el autor aborda uno de los temas que mayor discusión ha causado al interior del movimiento, ¿existen derechos humanos más importantes y urgentes que otros? ¿Cómo debemos entender el paradigma de indivisibilidad? ¿Es posible afirmar la existencia de un orden jerárquico? ¿Qué implica la existencia de un núcleo duro?

* Ex miembro de THEMIS. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Master en Derecho por la Universidad de Harvard. Profesor de Derecho Internacional en las facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

** Este trabajo recoge algunas reflexiones de la disertación titulada "An Intangible Core of Human Rights? Exploring the Theory of a Hierarchical Order within Human Rights Norms", presentada por el autor en la escuela de Derecho de la Universidad de Harvard bajo la supervisión del profesor Henry Steiner. El autor agradece de manera especial los comentarios de Arnulf Becker-Lorca, Pascale Fournier, Mugambi Kiai, David Kennedy, Ernest Lim, José Antonio Artíñano, Carlos Gouvea, Juliana Santos, Martín Serrano y Anisseh van Engeland, por los *tiempos* compartidos en torno a la viabilidad de este tema. Finalmente, el autor desea agradecer la valiosa colaboración Annette Demers, bibliotecaria de la Universidad de Harvard, a quien le debe cada segundo de la versión original de este trabajo. Por supuesto, todos los errores, imprecisiones y demás defectos de este ensayo son de entera responsabilidad del autor.

“All human rights are universal, indivisible, and interdependent and interrelated. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis”¹.

“Nous sommes en face d’une double exigence, l’une de cohérence, l’autre d’urgence pratique: d’une part les droits de l’homme doivent être perçus comme indivisibles pour tenir compte des diverses dimensions de la dignité humaine... cela signifie qu’une catégorie de droits ne peut pas être considérée comme prioritaire par rapport à une autre; d’autre part il faut reconnaître qu’il faut faire face à l’urgence: certains droits sont plus vitaux que d’autres, ou certains aspects d’un droit de l’homme sont fondamentaux alors que d’autres paraissent dérivés”².

I. INTRODUCCIÓN

La idea de categorías metafísicas para un orden sistema como el internacional que carece estructuralmente de una institucionalidad similar a la de los derechos internos –que dicho sea de paso, con frecuencia no resulta del todo eficiente– me parece, por decir lo menos, muy sugerente. La mayor parte de autores que han estudiado este tema está de acuerdo en que existe –o que debiera existir– “algo” que nos provea de un límite, un freno a los intereses de los actores del sistema, y que nos evoque la sensación de que ya no estamos ante la sociedad internacional de hace algunos años, que ésta ha evolucionado finalmente hacia una estructura de carácter diferenciado. El problema viene cuando intentamos justificar el por qué de esta nueva estructura y su coherencia con las demás piezas del rompecabezas de la comunidad internacional.

¿Existe un grupo de normas que por su jerarquía ocupa un lugar de privilegio en el derecho internacional? Si la respuesta a lo anterior es positiva, ¿cuáles son esas normas? ¿De dónde vienen? ¿Cuál es su fundamento? Orden público, *jus cogens*, moral internacional, normas inderogables, principios de humanidad, núcleo duro de los derechos humanos; todos son vocablos que encajan en esta categoría metafísica de normas que se entiende está más allá del deseo caprichoso de los estados y demás actores del sistema internacional. Y, ciertamente, el uso frecuente, vago e impreciso de algunas de estas expresiones ha contribuido a deteriorar los intentos –algunos vanos– por entender de qué estamos hablando cuando utilizamos este tipo de lenguaje en el derecho internacional. Precisamente,

si hay algo que puede comprobarse luego de revisar algunos de los trabajos sobre el tema, es que son pocos los que con certeza saben hacia dónde vamos o de dónde venimos cuando hablamos de estos asuntos.

Ahora bien, ¿existe un grupo de derechos humanos que sea más importante que los otros? Durante muchos años, defensores así como teóricos de los derechos humanos han mostrado temor en afirmar la existencia de una división jerárquica dentro del canon de las normas de derechos humanos. El temor es bastante razonable, ello puede significar poner en peligro los dogmas del paradigma de los derechos humanos expresados en el principio de indivisibilidad tantas veces proclamado, primero en Teherán en 1968, luego en Viena en 1993, y reafirmado en distintos documentos bajo el auspicio de la Organización de Naciones Unidas (en adelante, “ONU”). En efecto, las voces que con frecuencia han proclamado la existencia de una división jerárquica al interior de los derechos humanos se “silencian” al ser contrapuestas con este principio.

A través de este trabajo deseo observar un poco al interior de esta cuestión, pero desde el mundo mismo de los derechos humanos. Quiero advertir al lector que intentaré mirar el problema con cierto escepticismo. Yo creo en los derechos humanos, en su poder emancipador y en las ventajas que ofrece su ideología para la comunidad internacional y los estados individualmente considerados. Pero también creo que el mirar críticamente el problema que planteo requiere –aunque sea por un momento– desvincularme en alguna forma de algunas de mis subjetividades humanistas para así no dejarme decantar por el lenguaje que los derechos humanos ofrecen. Espero lograr al menos tal objetivo a través de estas líneas.

En las páginas siguientes, este ensayo explora la naturaleza de esta controversia y sus orígenes, incluyendo algunos de los dilemas que plantea para los defensores de los derechos humanos –algunos menos entusiastas que otros en cuanto a las consecuencias prácticas de este concepto para el movimiento de derechos humanos. Este trabajo también, de alguna forma, evoca el marco general que genera esta discusión, esto es, el dilema sobre la existencia de un orden jerárquico dentro del derecho internacional. Animo entonces al lector a mirar todo esto más allá de los anteojos –muchas veces de distorsión– del derecho y del movimiento de derechos humanos.

¹ 1993 World Conference on Human Rights. “Vienna Declaration and programme of action on human rights”. § I par. 5, reproducido en: “Human rights in international law, collected texts”. Council of Europe Publishing. 2000. p. 201.

² MEYER-BISCH, Patrice (editor). “Le noyau intangible des droit del’homme 9”. 1991.

II. LAS DUDAS

De plano, la cuestión de la existencia de normas superiores dentro de los derechos humanos pareciera carecer de sentido. Total, como todos los derechos humanos son igual de importantes y urgentes, no cabe argumentar la existencia de un orden de prelación entre los mismos. La pregunta sin embargo retorna con frecuencia en algunos debates y conferencias: si los derechos humanos son lo que dicen ser, ¿acaso es que estos también tienen un lado oscuro, o por decir lo menos “débil” en su argumentación teórica? Al pretender abarcar tanto, los derechos humanos se tornan más sospechosos. En efecto, a mayores demandas, mayor responsabilidad. Con el paso del tiempo, los reclamos por una consistencia teórica en el marco de los derechos humanos se hacen intensos.

Como veremos en este ensayo, la idea de una división jerárquica dentro de los derechos humanos recoge una reacción a una visión ortodoxa del derecho internacional y del movimiento de los derechos humanos³. Tradicionalmente, el derecho internacional es concebido como un orden incólume de normas equivalentes y de enfoque concreto, de normas obligatorias para los estados y demás sujetos de derecho internacional. Dentro de esta visión, un sistema de normatividad gradual es considerado por algunos como un fenómeno patológico, un peligro potencial para “el futuro del derecho internacional como sistema normativo concebido para desarrollar determinadas funciones”⁴. Desafortunadamente, este peligro parece haber dejado de ser potencial. En los últimos años, el orden internacional parece ser parte de una transición normativa que viene transformando sus clásicas estructuras horizontales en complejas y variadas relaciones de naturaleza vertical. Para no desentonar, el movimiento de derechos humanos tampoco parece haber escapado a esta tendencia.

En cierto sentido, todos los derechos humanos pueden ser considerados de fundamental importancia. Sin embargo, el uso ambiguo de términos con connotación jerárquica dentro de la jurisprudencia y documentos internacionales crea varias dificultades para la interpretación y análisis de este tipo de normas. La

vigencia del paradigma de “indivisibilidad” se muestra dudosa al ser confrontada con un concepto de esta naturaleza. En los últimos años, muchas de las resoluciones y documentos de la ONU, así como decisiones de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, “CIJ”) y de otros tribunales regionales de derechos humanos han comenzado a hablar de “un número, quizás pequeño, de obligaciones internacionales, que por razón de la importancia de su temática para la comunidad internacional, son –a diferencia de otras– obligaciones en cuyo cumplimiento todos los estados tienen un interés jurídico”⁵.

No obstante ello, se ha señalado que una división de esta naturaleza al final legitimará la existencia de un grupo de derechos humanos “contingente”, “ordinario” o “soft”. Como resultado, se sostiene que los estados y otros actores del sistema dejarían de realizar sus mejores esfuerzos para “respetar y garantizar” aquellos derechos humanos de naturaleza inferior. El establecimiento de un orden jerárquico conlleva a la afirmación de la existencia de un grupo “ordinario” de derechos humanos: un subconjunto que responde a una especial importancia por su curiosa naturaleza. Estas normas, a menudo denominadas “superiores”, “básicas” o “fundamentales” han sido comúnmente referidas en la literatura reciente como el “núcleo duro” (*noyau intangible* o *intangible core*) de los derechos humanos.

Los defensores de una división jerárquica dentro de las normas internacionales, incluyendo las de derechos humanos, aseguran sin embargo que éste es un paso que garantiza “los intereses más fundamentales y supremos de la sociedad internacional”⁶, la expresión de “una convicción, aceptada por todos los sectores de la comunidad global, que toca el fondo de la conciencia de todas las naciones”⁷. Defendiendo específicamente la existencia de derechos humanos fundamentales como una categoría especial de normas, se ha señalado que estos derechos parecen gozar de un carácter “*supra* positivo”, siendo “válidas bajo toda circunstancia, no importando el tiempo o el lugar”⁸.

Los críticos de estas formulaciones han condenado tajantemente la viabilidad de este concepto

³ A los propósitos de este ensayo, el movimiento de derechos humanos se refiere al conjunto de normas, procesos e instituciones cuyo antecedente más inmediato se encuentra en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, “DUDH”) de 1948.

⁴ WEIL, Prosper. “Towards relativity in international law?” En: American Journal of International Law 77. 1983. p. 413.

⁵ Yearbook of the International Law Commission 2. 1976. p. 99 (parte 2), UN Doc. A/CN.4/SER.A/1976 Add.1 (pt.2).

⁶ CHRISTENSON, Gordon. “Jus cogens: guarding interests fundamental to international society”. En: Virginia Journal of International Law 28. 1988. p. 587.

⁷ SCHEUNER, Ulrich. “Conflict of treaty provisions with a peremptory norm of general international law and its consequences”. 27 Zeitschrift Fur Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht. En: Heidelberg Journal of International Law. 1967. p. 524.

⁸ VAN BOVEN, Theodoor C. “Distinguishing criteria of human rights”. En: Karel Vasak (editor). The international dimensions of human rights 1. UNESCO. 1982. p.48. Bajo esta perspectiva, los primeros intentos para identificar el contenido de este tipo de normas se encuentran relacionados con la afirmación de la existencia de normas de *jus cogens*, de obligaciones *erga omnes* así como de cláusulas no derogables bajo los convenios de derechos humanos.

calificándolo como peligroso para el ideal de los derechos humanos: “la tentative d’identifier un noyau intangible aurait pour conséquence de saper la crédibilité du travail déjà accompli en vue d’établir des normes internationales en matière de droits de l’homme ainsi que des mécanismes de contrôle de leur mise en œuvre”⁹. ¿Pero qué implica la utilización de un lenguaje de naturaleza vertical? ¿Qué tipo de consecuencias trae para el movimiento de derechos humanos la existencia de un orden jerárquico dentro de estas normas? ¿Y cuáles son las “calificaciones” que un derecho humano debe tener para ser considerado como parte del núcleo duro? ¿Acaso la comunidad internacional ha colocado estas normas por encima de los “otros” derechos humanos? No ha existido una respuesta definitiva para alguna de estas posturas desde una perspectiva teórica. Si bien existen trabajos que se han enfocado en la explicación de ciertos aspectos del núcleo duro (básicamente en la identificación de su contenido) resulta más difícil encontrar estudios que analicen con profundidad la naturaleza y coherencia del concepto así como sus consecuencias para el movimiento de los derechos humanos. En cierta forma, este esfuerzo intenta colaborar en el llenado de este vacío.

Mi argumento es que la controversia sobre el núcleo duro de los derechos humanos es una manifestación del clásico problema del derecho internacional: el manejo adecuado de las relaciones entre los intereses de los actores del sistema y las demandas de un incipiente sistema de normas en el plano internacional. Como Kennedy observa, “las cosas podrían ser simplemente mejores si hubiese más “derecho” entre los estados... ello prueba la urgencia y el drama de la tarea, el reorientar la gobernabilidad del sistema de manera que el desierto de la política resurja con las flores del derecho, la razón y el orden... No importando lo difícil del proyecto, los especialistas del derecho internacional comparten esta orientación hacia un pasado de estados soberanos y a un futuro con el derecho internacional”¹⁰.

Muchos de los recientes volúmenes producidos sobre los derechos humanos, especialmente a partir de 1990, dedican varias de sus páginas a discutir si es que se ha producido una división jerárquica al interior de los derechos humanos, en especial para señalar si algunos de los derechos humanos han alcanzado el rango de normas de *jus cogens*. El clásico y controversial ensayo

de Theodor Meron titulado “On a Hierarchy of International Human Rights” dedica la mayor parte de sus páginas a este problema, señalando los desafíos que un orden de esta naturaleza presenta para el ideal de los derechos humanos¹¹. Desde una perspectiva más práctica, es un hecho que desde el surgimiento del movimiento de derechos humanos –en sus diversas facetas– el tema del núcleo duro se ha venido convirtiendo en uno de vital importancia para la práctica estatal, para la jurisprudencia internacional y como luego veremos, para el trabajo de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU.

A pesar de la importancia del concepto, teórica y prácticamente, el núcleo duro permanece, en gran medida, como un concepto sumamente misterioso. Nos presenta variadas perspectivas en la medida que intenta identificar criterios para conocer qué derechos humanos pertenecen a este orden superior (en la ausencia de ejemplos claros por parte de la jurisprudencia internacional) y sobre todo entender qué tipo de consecuencias se generan en caso de su violación. No todos estos aspectos serán cubiertos aquí. Aunque este trabajo es acerca del núcleo de derechos humanos como tal, no intentaré proveer de una lista oficial de los mismos (asumiendo que tal esfuerzo sea viable), al contrario, el estudio discute algunos criterios que nos permitirían ponderar sus implicaciones para el movimiento de derechos humanos intentando dibujar posibles caminos para llegar –de ser posible– a una adecuada conceptualización del núcleo duro. Por ello, he realizado un esfuerzo deliberado por enfocar el tema desde la práctica estatal, la jurisprudencia internacional y el trabajo de la Comisión de Derechos Humanos. Nuestras divagaciones teóricas se presentarán cuando lo que estas fuentes nos presenten sea ambiguo. Este trabajo además restringe su enfoque además a aquellos corolarios del núcleo duro que sean relevantes para nuestro enfoque, por ello dejaré de lado algunos temas que, aunque controversiales para la literatura de derechos humanos, son y serán por largo tiempo muy atractivos pero no relevantes para este estudio¹². Por ello, el núcleo duro será examinado aquí como un tópico de estudio válido, pero en sus propios méritos.

III. ANTECEDENTES Y CONTEXTO ACTUAL

El término “núcleo duro” de los derechos humanos apareció oficialmente en el escenario internacional durante la década de los años ochenta y fue

⁹ SAMSON, Klaus. “Le noyau intangible des droit de l’homme: notion utile ou illusion simpliste?”. En: Patrice Meyer-Bisch (editor). *Le noyau intangible des droit de l’homme*. 1991. p. 46.

¹⁰ KENNEDY, David. “When renewal repeats: thinking against the box”. En: *New York University Journal of International Law and Politics* 32. 2000. p. 347.

¹¹ MERON, Theodor. “On a hierarchy of international human rights”. En: *American Journal of International Law* 80. 1986. pp. 1-23.

¹² Por ejemplo, la discusión en torno a la universalidad y fundamentos filosóficos de los derechos humanos.

desarrollado por los estudiosos de entonces como evidencia de aquellos “fundamentos morales de la comunidad internacional” reflejados en el ideal de derechos humanos así como la expresión de un “catálogo mínimo de derechos humanos fundamentales o elementales” presentes en las distintas culturas del globo¹³. Sin embargo, como veremos posteriormente, la idea de un núcleo duro para los derechos humanos ha venido adoptando diferentes rostros a través de los años precedentes y posteriores. Sin duda alguna, la más publicitada de estas facetas se dio en el contexto del desafío al carácter universal de los derechos humanos, interrogante que ha sido fuente de debate en el movimiento de derechos humanos desde sus inicios.

Importantes desarrollos normativos han ocurrido en los años precedentes a la aparición de una noción “oficial” del núcleo duro de los derechos humanos. Existen algunos momentos clave que me gustaría referir, y en los que se ha reflejado la idea de un núcleo duro para los derechos humanos. Me refiero a la afirmación de la presencia de las normas de *jus cogens* y, de las obligaciones *erga omnes* en el derecho internacional público, la formulación de las cláusulas de no derogación en los tratados de derechos humanos, la redacción del “famoso” artículo 19 del proyecto de responsabilidad internacional propuesta por Roberto Ago (que distinguía entre crímenes y delitos internacionales), así como la afirmación de la responsabilidad penal del individuo en el derecho internacional. Estos antecedentes nos ofrecen importantes ejemplos de categorías articuladas para desarrollar una estructura de normatividad superior dentro del orden internacional. No me detendré a analizar estas categorías, pero quisiera destacar que algunas de estas cuestiones serán puntualizadas en cuanto a algunas de estas nociones, en especial las normas de *jus cogens* y las cláusulas de no derogación en los tratados de derechos humanos.

A. Ubicando el núcleo duro: contradicciones

En cierta forma, el mensaje que los derechos humanos nos transmiten parece simplemente irresistible. A menos de sesenta años de la adopción de la DUDH, los derechos humanos se han convertido en “el mayor dogma de fe de una cultura secular que teme creer en algo más... la *lingua franca* del pensamiento moral global”¹⁴.

De manera particular, en los últimos años hemos sido testigos de una serie de eventos sin precedentes que han marcado interesantes desarrollos para los derechos humanos. Entre estos podemos mencionar el nacimiento y entrada en vigor de la Corte Penal Internacional (en adelante, “CPI”), el proceso en contra de Milosevic en el Tribunal Especial para la Ex Yugoslavia, la intervención de la OTAN en Kosovo, la solicitud de extradición en contra de Pinochet, así como el reciente florecimiento de los mecanismos de justicia transicional en Sudáfrica y Perú. Al comparar el rápido devenir de estos acontecimientos con el ritmo habitual de los procesos de cambio en el orden internacional, los eventos antes mencionados parecen haber ocurrido casi simultáneamente. En efecto, la cronología de estos eventos no es para nada casual. Por un lado, estos eventos recientes han venido a revelar el rol crucial del movimiento de derechos humanos –para bien y para mal– en el orden internacional. De otro lado, sin embargo, estos acontecimientos muestran que estos se han suscitado con un claro enfoque en un pequeño grupo de derechos humanos. ¿Acaso los derechos humanos no debieran cubrir un espectro más amplio? Cuestionamientos de esta naturaleza fueron lanzados por vez primera durante las décadas del sesenta y setenta, precisamente al estudiar las relaciones entre las denominadas primera y segunda generaciones de derechos humanos. A pesar de la importancia teórica y práctica de la cuestión, el asunto de una presunta división jerárquica entre los derechos humanos ha sido un problema “que tout un courant doctrinal esquive par principe”¹⁵.

Las razones para este silencio pueden encontrarse en el desgano de muchos activistas de derechos humanos por discutir estos asuntos. Tal como Ignatieff señala “el silencio pragmático en las preguntas decisivas hace más sencillo que una cultura global de derechos humanos emerja”¹⁶. Ciertamente, estos son los tipos de preguntas que hacen que ciertos activistas pierdan los estribos.

Considero que la cuestión de un ordenamiento jerárquico dentro de los derechos humanos –y sus distintas facetas– puede caracterizarse a través de tres tendencias en constante tensión dentro del movimiento de derechos humanos: (a) indivisibilidad, (b) selectividad y (c) ambigüedad. Precisamente, a través de estos elementos intentaré exponer el escenario de este asunto.

¹³ VAN BOVEN. Op. cit., p. 46.

¹⁴ IGNATIEFF, Michael. “Human Rights as Politics and Idolatry”. 2001. p. 53.

¹⁵ SUDRE, Frédéric. “Droit International et Européen des Droit de l’Homme”. Quinta edición. 2001. p. 170.

¹⁶ IGNATIEFF. Op. cit., p. 78.

(a) Indivisibilidad

En cierto sentido, la pregunta acerca de un orden jerárquico dentro de los derechos humanos parece haberse clarificado de modo definitivo luego de la proclamación oficial de la doctrina de la indivisibilidad de los derechos humanos por la ONU. Sin embargo, muchos intelectuales no se mostraron demasiado convencidos con este esquema. De modo paralelo se continuaron produciendo una serie de documentos y resoluciones en la misma ONU que reflejaban el claro uso de un lenguaje jerárquico. En efecto, muchos estudiosos consideraron que las referencias contradictorias en estos documentos reflejaban una “*duplicité du discours onusien*”¹⁷.

Un intenso debate teórico continuó en los años siguientes. La DUDH y ambos preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, “PIDCP”) y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, “PIDESC”) contienen referencias que evocan un ideal de “unidad” entre la primera y segunda generaciones de derechos humanos¹⁸. Tal como Steiner y Alston observan, el principio de indivisibilidad expresa “el intento de la comunidad internacional para resolver en el contexto de las discusiones en torno a los derechos humanos el interminable debate acerca de la relación entre libertad e igualdad. Pero ello no ha impedido la aparición regular de reclamos que señalan que un grupo de derechos deba ser puesto en prioridad”¹⁹.

Un serio intento de reconciliación ocurrió unos veinte años después de la adopción de la DUDH, en la Primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos. La Declaración de Teherán de 1968²⁰ proclamaba solemnemente que:

“Since human rights and fundamental freedoms are indivisible, the full realization of civil and political rights without the enjoyment of economic, social and cultural rights is impossible. The achievement of lasting progress in the implementation of human rights is dependant upon sound and effective national

and international policies of economic and social development.”

(b) Selectividad

Desde otra perspectiva resulta claro también que no todas las normas del paquete de derechos humanos han sido promovidas con igual fuerza. Por el contrario, los actores internacionales han establecido prioridades y preferencias para la selectiva implementación y realización de ciertos derechos humanos. Podemos ilustrar esta tendencia volviendo sobre algunos de los ejemplos mencionados al inicio de esta sección²¹.

El Estatuto de Roma²² que crea la CPI ha limitado su campo de acción para actos de genocidio, agresión²³, crímenes contra la humanidad y un número limitado de crímenes de guerra. Para este caso, las delegaciones estatales decidieron mantener exclusiva jurisdicción penal sobre un amplio rango de las violaciones especificadas en los convenios en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario así como en la costumbre internacional. Como resultado, solamente algunas particulares violaciones a los derechos humanos han sido consideradas como parte de la jurisdicción penal de la CPI. Del mismo modo, esta tendencia fue manifiesta cuando España intentó ejercer jurisdicción universal al requerir de Gran Bretaña la extradición de Pinochet por actos de tortura, aún cuando existían muchas otras violaciones de derechos humanos vinculadas a su régimen²⁴. Bajo esta misma perspectiva, la postura de la OTAN con relación a la crisis humanitaria en Kosovo estuvo basada en los continuos asesinatos masivos y la política de limpieza étnica practicados por Serbia. Ciertamente, la OTAN no hubiera intentado justificar su intervención militar en Kosovo invocando la protección de derechos vinculados a la educación, la salud o la cultura, aun cuando estos derechos también eran violados bajo el régimen serbio.

El mismo fenómeno ocurre al observar las preocupaciones de las más importantes

¹⁷ SUDRE. Op. cit., p. 172.

¹⁸ El preámbulo del PIDCP reconoce lo siguiente: “no puede realizarse el ideal del ser humano libre, en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales”. En el mismo sentido, el preámbulo del PIDESC señala que “no puede realizarse el ideal del ser humano libre, en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”.

¹⁹ STEINER, Henry J. y Philip ALSTON. “International human rights in context: law, politics, morals”. Segunda edición. 2000. p. 268.

²⁰ Disponible en http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/b_tehern.htm

²¹ Algunos de estos ejemplos han sido tomados de SEIDERMAN, Ian. “Hierarchy in international law: the human rights dimension”. 2001. pp. 1-3.

²² Reimpreso en: *International legal materials* 37. 1998. p. 999.

²³ El crimen de agresión no ha sido definido en el Estatuto de Roma.

²⁴ Como es bien conocido, la jurisdicción universal ha sido tradicionalmente asociada con los más serios crímenes bajo el derecho internacional, tales como la esclavitud, el genocidio, la tortura, así como crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Ver: STEINER, Henry J. “Three cheers for universal jurisdiction – or it is only two?”. En: *Theoretical Inquiries in Law* 5. 2004. pp. 204-206.

Organizaciones No Gubernamentales (en adelante, “ONGs”) alrededor del mundo. El movimiento de comisiones de la verdad es un excelente ejemplo de esta tendencia –estos mecanismos se han centrado principalmente en la investigación de violaciones a los derechos humanos en el pasado relacionadas con actos de genocidio, tortura, desapariciones así como otras atrocidades de carácter masivo. Nuevamente observamos el mismo patrón de violaciones graves en el que identificamos un enfoque directo solamente en algunas áreas. En este sentido, algunos autores sostienen que “mientras que las privaciones arbitrarias del derecho a la vida, la tortura y las prácticas genocidas, los crímenes de lesa humanidad y de guerra han merecido el más agudo escrutinio los derechos económicos, sociales y culturales y algunos de los derechos de ‘tercera generación’ –tales como el derecho al desarrollo, que han recibido una creciente atención dentro de los organismos de derechos humanos y que son prioritarios entre los países en desarrollo y para muchas ONGs– reflejan esfuerzos hacia una implementación que permanecen bastante lentos”²⁵.

(c) Ambigüedad

Existe además un creciente uso de terminología confusa en el movimiento de derechos humanos que sugiere –al menos de nombre– diferencias jerárquicas entre los mismos. Algunos años atrás el examen de varios documentos de la ONU “ha revelado que los términos ‘derechos humanos’, ‘libertades’, ‘derechos fundamentales’, ‘libertades fundamentales’, ‘derechos y libertades’, y en especial la frase ‘derechos humanos y libertades fundamentales’ parecen ser utilizados generalmente de forma intercambiable”²⁶. Adicionalmente, la presencia de distintas “generaciones” de derechos humanos ha venido a reforzar la idea de que algún tipo de división existe basada en la idea de parámetros jerárquicos²⁷.

B. Entendiendo el núcleo duro: tres escenas

La historia del núcleo duro de los derechos humanos puede presentarse a través de ciertos eventos que se enmarcan bajo tres momentos clave para los mismos. Cada uno de estos momentos responde a proyectos y líneas de tiempo particulares dentro de la historia del movimiento de derechos humanos. Ninguna de las escenas finaliza al iniciarse la otra. En ese sentido, es posible argumentar que existe una continua

interacción entre cada una de ellas en el marco del movimiento de derechos humanos. Por supuesto, estas escenas revelan mis propias percepciones sobre el núcleo duro. Su propósito es pues simplemente intentar explicar didácticamente la evolución del concepto en el tiempo.

(a) Escena uno: súper normas

Nuestra primera escena nos presenta un movimiento de derechos humanos en sus primeros años de desarrollo. Aún poco preparado para cambiar el mundo, el movimiento de derechos humanos es solamente un niño (o niña): indefenso, ingenuo, bastante idealista. Y como todos los niños (y niñas), requería de especial protección de parte de alguien fuerte. En esta parte de la historia, me permito comparar al movimiento de derechos humanos con aquel niño o niña que sueña en ser un superhéroe.

Esta escena representa los momentos iniciales del movimiento de derechos humanos por intentar obligar a los estados en la ausencia de un principio consensual. Tradicionalmente se afirmaba que los estados solamente pueden obligarse en el orden internacional a través del principio de consentimiento. Esta visión positivista radical fue adoptada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso Lotus: “The rules of law binding upon states (...) emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law”²⁸. Esto causó mucha controversia, especialmente durante los años anteriores a la década del sesenta.

A través de esta escena es posible identificar tres momentos decisivos: (a) la introducción de la noción de *jus cogens* en la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, (b) la introducción de la noción de obligaciones *erga omnes* mediante el caso Barcelona Traction, y (c) la publicación del ensayo de van Boven titulado “Distinguishing Criteria of Human Rights”.

Durante los años previos a 1969, importantes sectores en la doctrina se encontraron particularmente interesados en etiquetar ciertas normas de derechos humanos como expresión de principios superiores que gobernaban las relaciones entre los estados en el sistema internacional. El resultado de esta controversia llevó a la inclusión final

²⁵ SEIDERMAN. Op. cit., p. 5.

²⁶ MERON. Op. cit., p. 5.

²⁷ Ibid., p. 2.

²⁸ 1927 PCIJ, Ser. A, No. 10. p. 18.

de las nociones de normas de *jus cogens* y de obligaciones *erga omnes* en el derecho internacional. Mientras tanto, el movimiento de derechos humanos realizaba sus primeros intentos por incorporar este lenguaje como parte de su discurso. En 1978, la colección de ensayos titulada "Les dimensions internationales des droits de l'homme"²⁹ publicada por la UNESCO incluyó un breve ensayo de Theodoor van Boven titulado "Distinguishing Criteria of Human Rights"³⁰. Este ensayo hizo explícita por primera vez la existencia de una dicotomía normativa dentro del movimiento de derechos humanos. La primera sección de este ensayo, que se subtitula "Fundamental human rights - other human rights", se inicia anunciando que:

"Existe un riesgo al clasificar a los derechos humanos en base a su peso o importancia relativa... Tal distinción puede implicar que existe una jerarquía entre los distintos derechos humanos de acuerdo a su carácter fundamental. Sin embargo, en la teoría moderna de los derechos humanos es más extendido considerar la indivisibilidad de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La idea de indivisibilidad presupone que los derechos humanos forman, de alguna forma, un paquete integral que no puede ser clasificado en una escala jerárquica... sin embargo, existen todavía algunos argumentos de peso que militan a favor de la distinción entre ciertos derechos humanos fundamentales y otros derechos humanos"³¹.

Van Boven no utiliza el término "núcleo duro" para referirse a estos derechos humanos "fundamentales". El autor se refiere a estos derechos como "elementales" o "*supra* positivos", definiéndolos como aquellos derechos "cuya validez no depende en su aceptación por parte de los sujetos de derecho pues estos se encuentran en el fundamento de la comunidad internacional"³². Luego el autor argumenta que estos derechos humanos "crean obligaciones para los estados, aún en la ausencia de obligaciones convencionales o de consentimiento expreso... tales derechos fundamentales son considerados válidos bajo toda circunstancia, sin importar el tiempo o lugar, y su derogación no es permitida"³³. En el resto de la sección van Boven intenta demostrar que su enfoque no sólo no es peligroso sino que el mismo además se encuentra fundamentado en

los orígenes mismos del movimiento de derechos humanos. En su opinión, ésta es una necesaria distinción que revela que ciertos derechos humanos siempre han sido parte de una especial categoría en función a su carácter fundamental. Siempre pendiente del principio de indivisibilidad, van Boven considera que la existencia de derechos humanos "*supra* positivos" no pone en peligro los dogmas de fe del movimiento de derechos humanos. Tal como Meron observa, el uso de términos jerárquicos solamente constituiría "una señal de advertencia de que la comunidad internacional no aceptará violación alguna de tales derechos"³⁴.

El argumento de van Boven puede considerarse como un esfuerzo para brindar legitimidad al concepto de *jus cogens* en términos de derechos humanos. El carácter no derogable referido por el autor en su definición de derechos humanos "fundamentales" crea un interesante vínculo que luego estudiaremos. El autor considera inclusive que las organizaciones internacionales "están autorizadas a tomar acción donde exista *prima facie* evidencia de serias violaciones a tales derechos"³⁵.

Desde aquel día, el movimiento de derechos humanos no ha vuelto a ser el mismo. La aproximación propuesta por van Boven introdujo la dimensión "imperativa" dentro del canon de los derechos humanos. Las continuas –y hoy comunes– referencias a los derechos humanos como evidencia del *jus cogens* dentro del orden internacional pareciera que han puesto fin a la disputa jerárquica.

(b) Escena dos: universalidad

A diferencia de la anterior, la segunda escena se desarrolla totalmente con elementos propios del movimiento de derechos humanos. En esta escena el movimiento de derechos humanos ya deja de ser un menor. Ahora, el movimiento de derechos humanos tiene la fuerza y autoridad para defender por sí mismo sus ideales. La trama de esta escena se mueve en la definición de los derechos humanos bajo un discurso de corte universal. Bajo esta perspectiva, los derechos humanos son considerados como representativos de una moral universal, una "indiscutible" expresión de derechos superiores universalmente reconocidos y

²⁹ Publicados en Inglés en 1982 bajo el título "The International Dimensions of Human Rights". El prefacio del libro define la obra como un esfuerzo para facilitar "the understanding and comprehension, study and teaching of human rights at university levels" tomando en consideración "the principle legal systems of the world".

³⁰ VAN BOVEN, Op. cit., p. 43.

³¹ Ibidem.

³² Ibidem.

³³ Ibid., p. 48. Este lenguaje parece identificar estos derechos "*supra* positivos" con el *jus cogens*, las normas no derogables y la costumbre internacional.

³⁴ MERON, Op. cit., p. 22.

³⁵ VAN BOVEN, Op. cit., p. 48. A través del ensayo van Boven señala algunos ejemplos de esta caracterización.

aceptados como estándares comunes para toda la humanidad. El movimiento de derechos humanos – ahora un joven adulto– ya no se encuentra indefenso contra los ataques de sus enemigos.

Pero como en toda historia interesante, aquí también existe un personaje que como nuestro protagonista desea conquistar el mundo. El “chico malo” de esta historia es tan influyente, popular y persistente como el propio movimiento de derechos humanos. Presentemos al relativismo cultural: un esquema filosófico que –en síntesis– sostiene que las normas e instituciones –incluyendo los derechos humanos– son evidencia de variables culturales e históricas³⁶. A través de los años, la confrontación entre estas tendencias ha sido intensa y cruel, con victorias y derrotas para ambos lados. Pero como la *kriptónita*, el relativismo cultural ha venido debilitando progresivamente a su enemigo.

En esta escena tenemos tres momentos decisivos: (a) la introducción del término “núcleo duro”, (b) los primeros intentos para delimitar su contenido, y (c) la declaración y Programa de Acción en Derechos Humanos de Viena en 1993.

Tal como Cassin observa, los derechos humanos presentan sus postulados como “universelle par son inspiration, par son expression, par son contenu, par son champ d’application, par son potentiel, et elle proclame directement les droit de l’être humain au regard de tous autres, à quelques groupes sociaux auxquels ils appartiennent les uns et les autres”³⁷. En efecto, la DUDH nos presenta una ambigua agenda que se considera en sí misma como “universal”, como un “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”³⁸. De la misma forma, nada en el PIDCP o en PIDESC parece revelar un carácter de corte minimalista.

Si nuestra primera escena introdujo la noción jerárquica, la segunda nos brinda un nuevo espacio: esta nos presenta algunos criterios para determinar cuáles son esas normas *supra* positivas. La meta es pues determinar un “catálogo de derechos fundamentales” que pueda utilizarse como evidencia de que los derechos humanos poseen raíces de corte “intercultural”, de valores comunes universalmente aceptados³⁹.

¿Pero acaso la idea de derechos humanos es verdaderamente universal? El desafío de la universalidad es sin duda uno de los obstáculos más difíciles que el movimiento de derechos humanos haya enfrentado, precisamente porque las bases metafísicas de los derechos humanos son un concepto bastante controversial. ¿De dónde vienen estos derechos? Los tratados y otros documentos de derechos humanos nos enuncian estos derechos pero no nos explican por qué las personas los poseen⁴⁰. El escepticismo intelectual acerca de la coherencia de esta retórica es comprensible. Así, las sospechas en cuanto a la validez de esta aspiración permanecen presentes hasta nuestros días.

La expresión “núcleo duro” (*noyau dur, hard core o intangible core*) de los derechos humanos aparece durante este período. Aunque no existe un documento oficial proclamando el uso de este término, la frase se tornó frecuente en muy poco tiempo, en especial durante los años ochenta entre estudiosos activistas de los derechos humanos en Europa. El lenguaje de la frase nos trae a la mente la idea de un estándar mínimo, de un grupo de derechos que deben respetarse bajo toda circunstancia: “Il s’agit la des normes fondamentales bénéficiant a tous et partout, en toutes circonstances”⁴¹. La expresión que originalmente fue traducida al inglés como “núcleo duro” (*hard core*) sin embargo fue considerada algo ambigua por lo que progresivamente fue cambiada por el término “núcleo intangible” (*intangible core*) hacia finales de los años ochenta⁴².

³⁶ Versiones más progresistas de esta controversia consideran que el relativismo y la universalidad son expresiones de una necesaria tensión que puede resolverse a través de un consenso intercultural.

³⁷ SUDRE, Op. cit., p. 41.

³⁸ Ver el preámbulo de la DUDH.

³⁹ Tal como Kissinger expresa, “[t]here will always be differences of view as to the precise extent of the obligations of government... there are standards below which no government can fall without offending fundamental values, such as genocide, officially tolerated torture, mass imprisonment or murder, or the comprehensive denial of basic rights to racial, religious, political, or ethnic groups. Any government engaging in such practices must face adverse international judgment”. Ver Department of State Bulletin 75. 1976. p. 3. Declaración del ex Secretario de Estado de los Estados Unidos Henry Kissinger ante la Asamblea General de la OEA.

⁴⁰ Se ha señalado que: “[i]nstead of a substantive set of justifications explaining why human rights are universal, instead of reasons that go back to first principles... the Universal Declaration of Human Rights simply takes the existence of rights for granted and proceeds to their elaboration”. IGNATIEFF. Op. cit., p. 78.

⁴¹ SUDRE. Op. cit., p. 171.

⁴² Sin embargo, la expresión “núcleo duro” persiste entre los estudiosos en idioma español. Ver Antonio Marzal (editor). “El núcleo duro de los derechos humanos”. 2001. Y CARRILLO-SALCEDO, Juan Antonio. “Soberanía de los Estados y derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo”. Segunda edición. 2001. pp. 141-158.

En cuanto a la razón del cambio terminológico, ver MEYER-BISCH, Patrice. “Le problème des delimitations du noyau intangible des droits et d’un droit de l’homme”. En: Patrice Meyer-Bisch (editor). “Le noyau intangible des droit de l’homme”. 1991. p. 98. “L’expression fréquemment employée est celle de ‘noyau dur’, celle-ci est très ambiguë. En premier lieu, l’expression n’est pas claire, dans la mesure ou elle indique exclusivement une qualité sensible, qui risque de nous laisser au niveau de la harangue politique. On lui préfère ici celle de ‘noyau intangible’, car elle a l’avantage d’indiquer une qualité objective. Mais il n’est pas sur que le deux notions se superposent. La première désigne une sorte de minimum consensuel qu’il faut tenir, la seconde signifie la substance des droits ou d’un droit. La première indique une urgence sensible, la seconde une qualité objective”.

En sus orígenes, la expresión “núcleo duro” fue identificada como parte del lenguaje de las normas de *jus cogens*. En el contexto de los derechos humanos tenemos además una tendencia que equipara el concepto con el principio de no derogabilidad de algunos de los convenios de derechos humanos. Las primeras formulaciones de un catálogo de normas para el núcleo duro identificaba el concepto con aquellas obligaciones que no pueden ser derogadas o limitadas bajo ciertas circunstancias en los principales instrumentos de derechos humanos. En efecto, el PIDCP, el Convenio

Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “CEDH”) así como la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, “CADH”), contienen provisiones para los estados parte con relación a sus obligaciones en materia de derechos humanos durante los estados de excepción. Adicionalmente, estos instrumentos señalan que un grupo de los derechos humanos en ellos enumerados no pueden ser derogados, aun en situaciones de esa naturaleza⁴³. El cuadro siguiente ilustra el contenido de las cláusulas de no derogación en estos instrumentos:

Derechos humanos no derogables	PIDCP Artículo 4.2	CEDH Artículo 15.2	CADH Artículo 27.2
Derecho a la vida	6	2	4
Prohibición de la tortura y de otros tratos crueles, inhumanos y degradantes	7	3	5.1, 5.2
Prohibición de la esclavitud y la servidumbre	8.1, 8.2	4.1	6
No retroactividad de la ley penal	15	7	9
Non bis in idem	-	4 (Prot. 7)	-
Derecho a la personalidad jurídica	16	-	3
Libertad religiosa	18	-	12
Prohibición de la prisión por deudas	11	-	-
Derechos de la familia	-	-	17
Derecho al nombre	-	-	18
Derechos de la niñez	-	-	19
Derecho a la nacionalidad	-	-	20
Derechos políticos	-	-	23

Luego de comparar las cláusulas de no derogación en el PIDCP, el CEDH y la CADH se observa que existe coincidencia en cuatro derechos: (a) derecho a la vida, (b) prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, (c) prohibición de la esclavitud y la servidumbre, y (d) no retroactividad de la ley penal. Estos cuatro derechos a menudo son referidos como expresiones de un núcleo duro de normas, la esencia del ideal de los derechos humanos: “Ces quatre droits, communs aux trois grand textes de proclamation, forment le standard minimum des droit de l’homme, expression de l’irréductible humaine (...) Ce sont les droits intangible stricto sensu”⁴⁴. ¿Cuál es la naturaleza

de esta noción? ¿Acaso significa que solamente los derechos enumerados en esta lista deben garantizarse en los estados de excepción excluyendo a los otros derechos humanos? Es común malentender las cláusulas de no derogación de estos tratados. Tal como Svensson señala, la confusión se ve ampliada por el uso de términos ambiguos en la doctrina de derechos humanos para describir las provisiones de no derogación “que están referidas a los derechos que constituyen un ‘núcleo duro’ o ‘núcleo intangible’ de los derechos humanos”⁴⁵. Para otros autores, la dicotomía derogable-no derogable constituye la evidencia de la existencia de un núcleo duro en los derechos humanos⁴⁶. En cierta forma, la

⁴³ Una tercera convención regional, la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, carece de referencia alguna a derechos no derogables.

⁴⁴ SUDRE. Op. cit., pp. 171-172.

⁴⁵ SVENSSON-MCCARTHY, Anna-Lena. “The international law of human rights and states of exception”. 1998. p. 373.

⁴⁶ De acuerdo a van Boven, “[t]he fact that in a number of comprehensive human rights instruments at the worldwide and regional level, certain rights are specifically safeguarded and are intended to retain their full strength and validity notably in serious emergency situations, is a strong argument in favor of the contention that there is at least a minimum catalogue of fundamental elementary human rights.” VAN BOVEN. Op. cit., p. 43.

idea de un núcleo duro de derechos humanos tiende a generar confusión en cuanto a la realidad jurídica de las provisiones no derogables en estos tratados.

El término “no derogable” parece enfatizar una especial protección para aquellos derechos humanos que a menudo son violados en situaciones de emergencia. Estas provisiones sin embargo, no han sido concebidas para otorgar a los gobiernos *carte blanche* para restringir aquellos derechos humanos excluidos de las cláusulas de no derogación. Los estados se encuentran en la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos bajo toda circunstancia. En momentos de emergencia, el núcleo duro de aquellos derechos –su parte esencial– permanece plenamente vigente⁴⁷.

Dos consecuencias pueden dibujarse a partir de esta perspectiva. Por un lado, el núcleo duro se presenta como un concepto bastante reducido. Observemos que el enfoque se refiere principalmente a ciertos derechos individuales relacionados con la integridad física y psicológica, así como la libertad de movimiento. De otro lado, la dicotomía entre lo derogable y lo no derogable se hace equivalente a la distinción entre normas fundamentales y no fundamentales en el canon de los derechos humanos. La última distinción va un paso más allá inclusive: la mayor parte de los derechos humanos, aquellos fuera del núcleo duro, terminan adquiriendo un carácter “condicional” y “ordinario”. En efecto, para algunos estos “otros” derechos humanos son “*bénéficient d’une protection relative... Leur exercice est donc plus ou moins aléatoire selon l’ampleur des atteintes subies et la rigueur du contrôle exercé*”⁴⁸. Como veremos en la sección siguiente, esta dicotomía no es del todo exacta. Algunos de estos “otros” derechos humanos se encuentran implícitos en el concepto del núcleo duro fuera del contexto de no derogabilidad.

Esta escena encuentra su punto más álgido en la Conferencia de Derechos Humanos de Viena en 1993 que proclamara que:

“The universal nature of these rights and freedoms is beyond question... While the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds must be borne in mind, it is the duty of all States, regardless of their

political, economic and cultural system, to promote and protect all human rights and fundamental freedoms”⁴⁹.

Pareciera que luego de la Declaración de Viena el “enemigo” de la escena fue derrotado. Ciertamente, la mayor parte de voces contrarias fueron silenciadas; sin embargo, tal como Mutua señala: “lo que resulta interesante es la incapacidad de esta fe universal en el lenguaje de los derechos humanos para crear un acuerdo en cuanto al enfoque, contenido y bases filosóficas del cuerpo de derechos humanos. Las batallas intelectuales y políticas se han enfocado en su relevancia cultural, su orientación ideológica y política, y en su contingencia temática”⁵⁰.

(c) Escena tres: minimalismo

Nuestra tercera escena nos trae a un invitado especial. El movimiento de derechos humanos ha madurado para convertirse en un adulto que ahora paga las consecuencias de algunas decisiones irresponsables de su juventud. El movimiento de derechos humanos requiere ahora, sin embargo, de la ayuda de algunos de sus viejos amigos. Siempre fiel, el derecho internacional humanitario acude en su auxilio.

En sus cincuentas, el movimiento de los derechos humanos es acusado de “inflación normativa”. La extraordinaria proliferación de los instrumentos de derechos humanos en las últimas décadas se había convertido en una amenaza para la legitimidad del movimiento de derechos humanos, en especial cuando se hacía referencia a la existencia de “nuevos” derechos humanos en el espectro.

Tres momentos cruciales definen esta escena: (a) la alianza entre el movimiento de derechos humanos y el derecho internacional humanitario, (b) la creación de los tribunales especiales para la ex Yugoslavia y Ruanda, así como de la CPI, y (c) el proyecto de “estándares fundamentales de humanidad” de la Comisión de Derechos Humanos.

En esta escena la trama es bastante simple: “el mayor asunto a considerar... es la necesidad y deseo de identificar principios o estándares para una mejor protección de la persona humana en situaciones de violencia interna”⁵¹. El mundo vive ahora un escenario *post* Guerra Fría que nos presenta una serie de

⁴⁷ Como Svensson-McCarthy señala, las cláusulas de no derogación “are constantly used on the clear understanding that what can possibly, but not necessarily, be derogated from is... the guarantee of their full enjoyment for certain period of time. It is therefore closer to the legal reality of derogations under international law of human rights to refer to extraordinary restrictions on the enjoyment of human rights, since these rights *per se* cannot be suspended or taken away even in public emergencies.” SVENSSON-MCCARTHY. Op. cit. p. 375.

⁴⁸ *Ibid.* pp. 175-176.

⁴⁹ World Conference on Human Rights. Op. cit., §I par.1 y par. 5.

⁵⁰ MUTUA, Makau. “The ideology of human rights”. En: Virginia Journal of International Law 36. 1996. pp. 590-591.

⁵¹ Commission on Human Rights. “Report of the sub Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities: Minimum Humanitarian Standards”. Enero, 1998. par. 13, E/CN.4/1998/87.

conflictos armados motivados por consideraciones de corte nacionalista, étnico y religioso”⁵².

Este modelo propone una aproximación cooperativa entre los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. La alianza intenta identificar estándares “mínimos” o “fundamentales” de humanidad dentro del derecho internacional. El núcleo duro se nos vuelve a presentar como un conjunto de prioridades pero esta vez con un especial énfasis en la tolerancia y la supervivencia. Esta historia se desarrolla además en un momento de la historia donde las voces de autocrítica al interior del propio movimiento empiezan a explorar los límites, errores y lados oscuros de los derechos humanos. En cierta forma, aquí el movimiento de derechos humanos comienza a tomar conciencia de sus propias limitaciones. Los denominados “estándares fundamentales de humanidad” son concebidos como herramientas que permitirán compensar la indefensión de las personas en situaciones de violencia dentro de cuatro áreas “grises”: (a) cuando los estados no son parte de ciertos instrumentos internacionales, (b) cuando las obligaciones en materia de derechos humanos han sido derogadas o suspendidas, (c) cuando el derecho internacional humanitario no resulta aplicable, y (d) cuando los actores no estatales del sistema no se encuentran obligados por normas bajo el derecho internacional⁵³.

Esta tendencia no es una reacción contra el relativismo en la forma del segundo modelo. Tal como la Comisión de Derechos Humanos refiere, este grupo de principios intenta asegurar “la protección efectiva de los seres humanos en todo tipo de circunstancias, especialmente

durante situaciones de violencia interna, cuando algunas de las más terribles atrocidades son cometidas... con un devastador impacto en millones de individuos”⁵⁴. En la tercera escena, encontramos además un énfasis en el pluralismo. Como resultado nos quedamos con un minimalismo en los derechos humanos⁵⁵.

El derecho internacional humanitario nos presenta un principio análogo al de no derogabilidad de las normas de derechos humanos y al *jus cogens*. El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, aunque no refiere el término “no derogación” *per se*, nos provee implícitamente de la misma idea: estas provisiones no están sujetas a ningún tipo de suspensión. El artículo 3 común declara ser aplicable en todo tiempo, bajo toda circunstancia, no importando el carácter internacional o no del conflicto. Una nueva evocación de la naturaleza *supra* normativa. Es más, podemos considerar que éste posee un carácter más fundamental que las propias cláusulas de no derogación⁵⁶. El hecho que los Convenios de Ginebra de 1949 –a diferencia de muchas de las normas de derechos humanos– hayan ganado una aceptación casi universal, refuerza esta idea.

Se ha sostenido que las coincidencias de estas provisiones con los derechos humanos no derogables representan un “núcleo indestructible de la dignidad humana”. Este grupo de normas consiste en “la prohibición de la tortura, la esclavitud, los tratos crueles, inhumanos y degradantes, las privaciones arbitrarias del derecho a la vida, y la discriminación adversa así como el respeto de las garantías judiciales indispensables”⁵⁷.

⁵² *Ibid.*, par. 18.

⁵³ VIGNY, Jean-Daniel y Cecilia THOMPSON. “Standards fondamentaux d’Humanité: quel avenir?”. En: *International Review of the Red Cross* 840. 2000. p. 917.

⁵⁴ Commission on Human Rights. “Promotion and Protection of Human Rights: Fundamental Standards of Humanity”. Diciembre, 1998. par. 25, E/CN.4/1999/92.

⁵⁵ Tal como se afirma, “[t]he universal commitments implied by human rights can be compatible with a wide variety of ways of living only if the universalism implied is self-consciously minimalist. Human rights can command universal assent only as a decidedly ‘thin’ theory of what is right, a definition of the minimum conditions for any kind of life at all.” IGNATIEFF. *Op. cit.*, p. 56.

⁵⁶ El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 señala lo siguiente:

Artículo 3. En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Partes contratantes, cada una de las partes contendientes tendrá la obligación de aplicar, por lo menos, las disposiciones siguientes:

1. Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida o detención o por cualquier otra causa serán tratadas en todas las circunstancias con humanidad, sin distinguir alguno de carácter desfavorable, basado en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A tal efecto, están y quedan prohibidos en cualquier tiempo y lugar, respecto de las personas arriba indicadas:

a) los atentados a la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados a la dignidad de la persona, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio por un tribunal regularmente constituido y dotado de las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2. Los heridos y enfermos serán recogidos y cuidados.

Podrá ofrecer sus servicios a las Partes contendientes cualquier organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja. Las Partes contendientes se esforzarán, por otra parte, por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, algunas o todas las demás disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las disposiciones precedentes no producirá efecto jurídico alguno sobre el estatuto jurídico de las Partes contendientes.

⁵⁷ MARKS, Stephen P. “Principles and norms of human rights applicable in emergency situations: underdevelopment, catastrophes and armed conflict”. En: Karel Vasak (editora). *The international dimensions of human rights 1*. UNESCO. 1982. p. 203.

Algunos métodos han sido sugeridos para identificar el contenido de estos “estándares fundamentales de humanidad”. Estos son los siguientes: (a) la lista de crímenes contenidos en el estatuto de los Tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda, (b) la lista de crímenes contenidos en el estatuto de la CPI, (c) los estudios temáticos de la Comisión de Derechos Humanos, (d) las cláusulas no derogables del PIDCP, (e) el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, (f) los principios guía sobre los desplazados internacionalmente, y (g) la cláusula Martens. Sin embargo, no se ha referido una respuesta definitiva al asunto. Ver *Commission on Human Rights*. “Promotion and protection of human rights: fundamental standards of humanity”. Diciembre, 1999. par. 14-22, E/CN.4/2000/94.

Un reporte reciente de la Comisión de Derechos Humanos indica que los estados, órganos de la ONU y distintas ONGs han venido proveyendo de importantes comentarios que han dado algunas indicaciones del contenido de estos estándares. Los derechos incluidos son los siguientes: (a) el derecho a la vida, (b) el derecho a las garantías judiciales, incluyendo el debido proceso, (c) el derecho a la salud, (d) el derecho a la alimentación, (e) el derecho a la educación, (f) la protección natural del medio ambiente y del patrimonio cultural, (g) el derecho a recibir e impartir información, así como las libertades de opinión e información, y (h) el derecho a participar en la vida cultural, así como a beneficiarse de los avances tecnológicos y progresos científicos⁵⁸. La lista propuesta, aunque controversial, no ha recibido todavía un estudio final.

Este escenario trasciende las formulaciones tradicionales del núcleo duro inspiradas en la idea de derechos humanos vinculados a la seguridad corporal, incluyendo "otros" derechos. Una visión más conservadora de la alianza con el derecho internacional humanitario, sin embargo, parece revalidar una concepción de corte más restrictivo.

IV. ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DEL NÚCLEO DURO

Con el propósito de facilitar el desarrollo de esta sección quisiera plantear al lector el desarrollo de las siguientes preguntas con relación al núcleo duro: ¿cuál es la relación entre las normas no derogables y el núcleo duro? ¿Qué hace a ciertos derechos humanos más importantes que otros? ¿Qué tipo de obligaciones genera el núcleo duro de los derechos humanos? ¿Pueden otros derechos civiles y políticos, así como algunos derechos económicos, sociales y culturales, ser incluidos en el núcleo duro?

A. Una crítica a la no derogabilidad

¿Cuál es la naturaleza jurídica de la dicotomía derogable-no derogable? Una cuestión preliminar nos plantea saber si las no derogables poseen naturaleza *supra* positiva, tal como van Boven planteaba. Al parecer, la noción de no derogabilidad nunca fue diseñada para reflejar una división de corte jerárquico. Mi argumento en esta sección plantea que el considerar las normas no derogables como postulados superiores no es adecuado. Tal como el Comité de Derechos Humanos señaló en su Comentario General 29:

"La enumeración de provisiones no derogables... se relaciona, pero no es idéntica, con la cuestión acerca de si ciertas obligaciones en materia de derechos humanos comparten la naturaleza de normas perentorias en el derecho internacional. La proclamación de ciertas provisiones del PIDCP como de naturaleza no derogable... debe ser considerada parcialmente como el reconocimiento de la naturaleza perentoria de ciertos derechos fundamentales... Sin embargo, parece ser que algunas otras provisiones del PIDCP fueron incluidas en la lista de derechos no derogables porque nunca se volvería necesario derogar tales derechos durante un estado de emergencia (por ejemplo, artículos 11 y 18). Además, la categoría de normas perentorias se extiende más allá de la lista de provisiones no derogables mencionada en el artículo 4, párrafo 2."⁵⁹

Para explicar este razonamiento desarrollaremos tres proposiciones relacionadas con esta dicotomía: (a) Existe una disparidad funcional entre las normas derogables y no derogables, (b) Existen formas alternativas para determinar cuáles son los derechos humanos no derogables, y (c) Existen otros derechos humanos implícitamente no derogables.

(a) Disparidad funcional

La distancia entre las normas "no derogables" y "derogables" en derechos humanos no es tan amplia como a primera vista parece. En efecto, sería bastante simplista el considerar lo derogable y no derogable como categorías de polaridad. Los derechos humanos, derogables o no, son en términos generales bastante elásticos en enfoque y contenido.

1. Cláusulas de limitación

Consideremos por un momento las provisiones del PIDCP bajo el artículo 18 (derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión). Considerado como un derecho no derogable, el artículo 18 es objeto sin embargo de una cláusula de limitación de acuerdo a su tercer párrafo:

"La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades fundamentales de los demás"⁶⁰.

¿Es acaso ésta una contradicción interna al interior del PIDCP? No lo considero así en tanto cualquier derecho

⁵⁸ Commission on Human Rights. Nota 54 *supra*. Anexo, par. 7.

⁵⁹ Human Rights Committee. "General comment 29: States of Emergency (Article 4)". Agosto, 2001. par. 11, CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 11.

⁶⁰ Ver SVENSSON-MCCARTHY. Op. cit., p. 448.

humano puede ser restringido utilizando limitaciones de esta naturaleza. Tal como el Comité de Derechos Humanos señala “la permisibilidad en las restricciones es independiente del asunto de la no derogabilidad”⁶¹. Los términos derogable y no derogable son consistentemente utilizados “en el claro entendimiento de que no es posible, ni necesario, derogar la sustancia de... tales derechos, sino ‘meramente’ la garantía de su pleno disfrute bajo cierto período de tiempo. Es por tanto más cercano a la realidad jurídica de las derogaciones bajo el derecho internacional el referirse a restricciones extraordinarias en el disfrute de los derechos humanos, en la medida que los derechos humanos *per se* no pueden suspenderse o eliminarse aun en caso de emergencia pública”⁶².

Por tanto, el uso de términos tales como derogable y no derogable no implica derechos “absolutos” en modo alguno. Por ejemplo, el derecho a la vida –una provisión de indudable naturaleza no derogable– no incluye una prohibición general en contra de la pena de muerte⁶³. Aunque la tendencia general contemporánea favorece un régimen abolicionista de la pena de muerte, el estándar actual sólo brinda protección en contra de las restricciones “arbitrarias” del derecho a la vida. El alcance de cada derecho humano resulta entonces contingente en cuanto a su interpretación. Aun los derechos humanos no derogables se encuentran sujetos a limitaciones.

En realidad, resulta poco útil referir categorías tales como “derogable” y “no derogable” para hablar de estos derechos en tanto ambos términos no son encontrados como tales en alguna de las convenciones a las que hemos hecho referencia, las mismas que en realidad “prevén derogaciones de las *obligaciones legales* asumidas bajo el respectivo tratado”⁶⁴.

2. Otras restricciones

Puede parecer entonces que un derecho humano derogable puede ser limitado, tanto en su periferia, así como en su contenido esencial. Tal como Sudre señala, estos derechos son beneficiarios “d’une protection relative... Leur exercice est donc plus ou moins aléatoire

selon l’ampleur des atteintes subies et la rigueur du contrôle exercé”⁶⁵. Sin embargo, aun en momentos de emergencia el contenido esencial de cada derecho humano derogable debe permanecer operativo. Como Seiderman destaca, “dentro de sus márgenes los derechos son susceptibles de limitaciones... mientras que en su núcleo estos permanecen... estables”⁶⁶. Sería un error suponer que la mera invocación de un estado de emergencia abre la puerta para autorizar a los estados la realización de restricciones ilimitadas de aquellos derechos humanos excluidos en las cláusulas de derogación. Como Svensson-McCarthy distingue, la provisión de derogación “nunca fue pensada como un medio para proveer a los estados parte de una total libertad de acción cuando combaten situaciones de emergencia. Por tanto, puede afirmarse que más que contener una filosofía que favorezca una limitación de derechos, ésta explicita el principio opuesto, es decir, que todos los derechos deben ser plenamente garantizados y respetados a menos que muy especiales circunstancias justifiquen la eliminación del ejercicio de algunos de ellos, y que algunos derechos nunca deben ser limitados no importando la severidad de la emergencia”⁶⁷.

Condiciones esenciales deben producirse para que se autorice la derogación de algunas obligaciones en materia de derechos humanos. Las restricciones durante los estados de emergencia no deben modificar el contenido de un derecho humano al punto de volverlo inexistente. En ese sentido, todas las limitaciones aplicables a los derechos derogables bajo estas circunstancias deben ser compatibles con los principios de necesidad y estricta proporcionalidad. Es más, estas restricciones no deben fundarse en términos discriminatorios o consideraciones de raza, color, sexo, lenguaje, religión y origen social. Adicionalmente, estas medidas deben ser oficialmente proclamadas y debidamente notificadas a los otros estados parte en el convenio respectivo. Como regla, todas las medidas de emergencia tomadas por los estados no deben ser inconsistentes con sus otras obligaciones bajo el derecho internacional⁶⁸.

Por lo tanto, los derechos humanos sujetos a derogación pueden ser limitados solamente de manera

⁶¹ Human Rights Committee. Nota 54 *supra*. par. 7.

⁶² SVENSSON-MCCARTHY. Op. cit., p. 375.

⁶³ El PIDCP (artículo 6) garantiza el derecho al perdón y conmutación de la sentencia capital. También indica que la pena de muerte debe imponerse solamente para crímenes más serios y que no debe aplicarse a menores y mujeres embarazadas. La CADH (artículo 4) prohíbe la pena de muerte por ofensas políticas. También prohíbe la reintroducción de la pena de muerte luego de su abolición, así como la imposición de la misma para personas mayores de 70 años. Por el Protocolo 6, el CEDH ha abolido la pena de muerte. Sin embargo, el artículo 2 del CEDH permitía originalmente su aplicación.

⁶⁴ SVENSSON-MCCARTHY. Op. cit., pp. 374-375.

⁶⁵ *Ibid.* Op. cit., pp. 175-176.

⁶⁶ SEIDERMAN. Op. cit., p. 72.

⁶⁷ SVENSSON-MCCARTHY, Anna-Lena. “Minimum humanitarian standards—from Cape Town towards the future”. En: *International Commission of Jurists Review* 58-59. 1997. pp. 9-11.

⁶⁸ Ver ORAÁ. Jaime. “Human Rights in States of Emergency in International Law”. 1992.

condicional. Una situación de emergencia no representa una *carte blanche* para los estados: todas las limitaciones aplicables a los derechos derogables deben ser estrictamente requeridas por las exigencias particulares de la situación. En la práctica, este régimen no resulta distante del aplicable a las normas no derogables. Los estados tienen una capacidad muy limitada para restringir estos derechos, no importando su formato de presentación.

(b) Caminos alternos

Hemos venido diciendo que la capacidad de los estados para limitar el alcance de ciertos derechos humanos no varía demasiado dependiendo si éste es en verdad derogable o no. Sin embargo, resulta interesante observar que los estados hayan escogido explícitamente un pequeño grupo de derechos bajo el PIDCP, el CEDH así como la CADH para conferirles un régimen de no derogabilidad. La lógica nos indica que debe existir algún tipo de diferencia entre ambos grupos. ¿Acaso ésta es la evidencia de una fuerza normativa inherente a los derechos no derogables? Desde un punto de vista formal y más estricto, los derechos humanos no derogables no tienen una correspondencia con lo que entendemos como derechos *supra* positivos. Ninguna de las provisiones bajo el PIDCP, el CEDH así como la CADH fueron creadas para desarrollar una jerarquía normativa al interior de los derechos humanos. Al contrario, la racionalidad de las cláusulas de no derogación parece responder casi exclusivamente a consideraciones de tipo fáctico. Lo no derogable es de esta forma nada más que un grupo de derechos a menudo violentados durante las situaciones de emergencia. Tal como Svensson-McCarthy puntualiza, “al enfatizar los derechos no derogables dándoles equivocados o inadecuados epítetos, corremos el serio riesgo de sobre-enfatizar estos derechos en detrimento de aquellos cuyo disfrute puede en principio ser restringido en emergencias públicas”⁶⁹.

Observamos que el PIDCP considera que la prohibición de la prisión por deudas (artículo 11) es no derogable. ¿Acaso no resulta “sospechosa” la naturaleza jurídicamente superior de esta provisión? Desde una perspectiva jerárquica, la selección de ciertos derechos humanos como no derogables no guarda una relación necesaria con las situaciones de emergencia. ¿Acaso estos derechos son susceptibles de una mayor protección en función a un estado de excepción?

Resulta difícil imaginar una situación de emergencia en la que un estado requiera restringirlos. Aunque, claro está, la imaginación de los perpetradores casi nunca experimenta límites sensibles. La propia CADH tiene su propia lista “exclusiva” de derechos no derogables: protección de la familia (artículo 17), derecho al nombre (artículo 18), derechos del niño (artículo 19), derecho a la nacionalidad (artículo 20), derecho a la participación política (artículo 23) y prohibición de la suspensión de las garantías judiciales esenciales para la protección de los derechos no derogables (artículo 27.2). Así como sucede con algunas de las provisiones bajo el PIDCP, resulta difícil dibujar conexiones claras entre algunos de estos derechos y las situaciones de emergencia.

Algunos han criticado conceptualizaciones tan amplias de las cláusulas no derogables. En efecto, autores como Oraá observan que una lista más concisa de derechos no derogables –siguiendo el ejemplo del CEDH– contribuye a crear un efecto psicológico en los estados para respetar estos derechos en la práctica. El autor considera que las cláusulas de no derogación deben restringirse solamente para aquellos derechos fundamentales que son susceptibles de violación bajo una situación de emergencia⁷⁰. En el mismo sentido, Hartman nota que esta tendencia “puede poner en serio riesgo... la fuerza moral de una corta pero solemne lista de derechos absolutamente inalienables”⁷¹. Ambos autores, sin embargo, confunden la dicotomía derogable-no derogable pues equiparan –erróneamente– la no derogabilidad con lo *supra* positivo.

Por supuesto, algunos de estos derechos no derogables poseen una indudable calidad jerárquica superior, pero esta calificación no se debe a su carácter no derogable. Al contrario, esta categoría superior responde a consideraciones básicas de supervivencia y seguridad física y psicológica. El derecho a la vida y la prohibición de la tortura son buenos ejemplos de derechos no derogables que responden a esta naturaleza. En el mismo sentido, la cláusula de no derogación del CEDH (que contiene solamente cuatro derechos⁷²) parece reflejar también un origen normativo superior.

Una razón adicional para evitar equiparar lo no derogable con lo jerárquicamente superior radica en que además del PIDCP, el CEDH y la CADH, ninguno de los demás instrumentos temáticos de derechos humanos o la Carta Africana de los Derechos Humanos y los Pueblos

⁶⁹ SVENSSON-MCCARTHY. Nota 45 *supra*. p. 374.

⁷⁰ ORAA. Op. cit., p. 98.

⁷¹ HARTMAN, J. “Working paper for the committee of experts on the article 4 derogation provision”. Hum. Rts. Q. 7. 1985. p. 113. Hartman considera los cuatro derechos no derogables como una expresión de las normas de *jus cogens*.

⁷² El artículo 15.2 del CEHR menciona el derecho a la vida (artículo 2), la prohibición de la tortura (artículo 3), la prohibición de la esclavitud y la servidumbre (artículo 4) y la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (artículo 7).

contienen provisiones relativas a derechos no derogables durante los estados de emergencia. Por supuesto, esto no significa que todos los derechos humanos bajo estas otras convenciones sean derogables, o mucho menos, que gocen de una protección relativa. Muchos de los derechos contenidos en estos instrumentos tampoco pueden ser limitados bajo circunstancias específicas.

(c) Derechos no derogables implícitos

Hemos referido que el cuerpo de cláusulas no derogables incluye ciertos derechos que de algún modo no están directamente relacionados con las situaciones de excepción. En contra de esta perspectiva tan generosa, muchos estudiosos han considerado que es mejor hablar de una versión resumida de estos derechos. Comparan así las cláusulas no derogables del PIDCP, del CEDH y de la CADH, quedándose solamente con aquellos cuatro derechos considerados como la expresión primaria de la no derogabilidad, y por supuesto del núcleo duro. Una lista restrictiva de la no derogabilidad en estos términos es sin embargo contraproducente. Existen muchos otros derechos que pueden ser entendidos como no derogables por implicación. Tal como Svensson-McCarthy propone, un número de los denominados derechos derogables son en realidad no derogables, "en particular, aunque no exclusivamente, en tanto estos son instrumentales para la efectiva protección de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden ser derogados"⁷³.

En ese sentido, el Comité de Derechos Humanos considera que la imposición de la pena de muerte bajo el artículo 6 del PIDCP debe leerse en conjunto con el artículo 14 del mismo texto, el mismo que requiere la presencia de una judicatura imparcial e independiente⁷⁴. Del mismo modo, el Comité señala que el disfrute adecuado del artículo 18 no solamente implica la libertad de expresión sino que además las libertades de asamblea y asociación⁷⁵. El Comité ha notado además que el artículo 10 (que prescribe que todas las personas privadas de su libertad deben ser tratadas con humanidad y respeto⁷⁶) y el artículo 20 (prohibiendo toda propaganda a favor de la guerra así como la promoción del odio nacional, racial o religioso) expresan normas de derecho internacional general no sujetas a derogación⁷⁷. Como estos derechos son indispensables para un adecuado y efectivo disfrute de aquellos derechos denominados no derogables, ellos resultan en cierta forma no derogables por implicación.

En consecuencia, aunque las cláusulas de no derogación nos proveen de criterios significativos para conocer cuáles derechos son derogables o no bajo el PIDCP, el CEDH y la CADH, estos son solamente iniciales y no pueden ser utilizados como base exclusiva para la determinación del núcleo duro.

B. Los argumentos para un núcleo duro

Tal como hemos observado, la justificación para la existencia de un núcleo duro puede rastrearse en la historia del movimiento de derechos humanos, en la búsqueda de principios generadores de obligaciones para los estados más allá de su consentimiento. Como fue descrito en la primera escena, ambos fueron procesos paralelos. Al parecer, cuando el núcleo duro fue introducido, sus creadores intentaron darle un contenido más cierto al relacionarlo con las normas imperativas. El lenguaje del *dictum* en el caso Barcelona Traction revela el mismo tipo de preocupación. Aunque el *jus cogens* fue introducido un año antes de ese caso, para ese entonces todavía no existía evidencia fáctica que demuestre la existencia de una dimensión jerárquica en el derecho internacional. ¿Cuáles fueron los ejemplos citados por la CIJ? Como es conocido, los ejemplos provistos estaban relacionados con las normas de derechos humanos. Bajo esta perspectiva, el núcleo duro jugaba un rol hermenéutico. Su carácter era pues simplemente instrumental a otros conceptos. Este rol es menos frecuente en estos días, considerando el estado actual de la doctrina del *jus cogens* en el derecho internacional y la frecuente mención de la existencia de normas imperativas y obligaciones *erga omnes* en la jurisprudencia. A pesar de ello, la noción de *jus cogens* todavía permanece bastante imprecisa. Aunque el concepto ha mostrado una gran aceptación en las distintas áreas del derecho internacional, la mayor parte de ejemplos conocidos describen su contenido solamente en términos de derechos humanos.

Hoy sin embargo, el núcleo duro como concepto parece disfrutar de una vida propia e independiente al *jus cogens*, con un impacto directo en el movimiento de derechos humanos. En efecto, luego de cincuenta años de la DUDH, el movimiento de derechos humanos ya no es una estructura monolítica. El movimiento –para bien o mal– ha estructurado sus prioridades. Todo el régimen de la ONU a través de sus comités de monitoreo, grupos de trabajo y relatorías especiales está basado en un nivel de preferencias. En nuestros

⁷³ SVENSSON-MCCARTHY. Op. cit., p. 448.

⁷⁴ Human Rights Committee. "General Comment No. 6: Right to life (Article 6)". 1982. par. 7. En: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/84ab9690ccd81fc7c12563ed0046fae3?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/84ab9690ccd81fc7c12563ed0046fae3?OpenDocument)

⁷⁵ SVENSSON-MCCARTHY. Op. cit., pp. 448-449.

⁷⁶ Human Rights Committee. "General Comment No. 21: Human Treatment of Persons Deprived of Liberty (Article 10)". 1992. En: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/3327552b9511fb98c12563ed004cbe59?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/3327552b9511fb98c12563ed004cbe59?OpenDocument)

⁷⁷ Human Rights Committee. Nota 60 *supra*. par. 13.

días, el núcleo duro parece jugar un rol en la elaboración y desarrollo de estándares de normas básicas dentro del canon de derechos humanos. Por lo tanto, el núcleo duro le da un toque de “realismo” al movimiento.

Por otro lado, algunos argumentos en favor de un núcleo duro de los derechos humanos pueden encontrarse en perspectivas de corte más pragmático:

(a) Posibilidad

No percibimos a todos los derechos humanos con la misma fuerza normativa y alcance moral. De un lado, existen ciertos derechos humanos de “sospechosa” identidad. Por ejemplo, en el caso López Ostra, la Corte Europea de Derechos Humanos decidió que los malos olores producidos por una fábrica constituían una violación del derecho al respeto de la vida privada y familiar bajo el CEDH⁷⁸. ¿Existe un derecho a la protección del medio ambiente dentro del CEDH? ¿Es ésta una adecuada extensión del clásico derecho a la privacidad bajo el artículo 8 del CEDH? Aunque interesante, encuentro profundas dificultades teóricas bajo este tipo de razonamiento. ¿O es que en verdad existe una tercera generación de derechos humanos tal como algunos han argumentado? Por otro lado, ciertos derechos humanos aún cuando luzcan bastante “reales” –en la práctica se muestran bastante difíciles de realizar. Para dar un ejemplo, demandas por una adecuada alimentación, vestido y vivienda parecen ser hoy una utopía. En el mismo sentido, el carácter idealista de ciertos derechos civiles y políticos se muestra bastante dudoso.

(b) Urgencia

Resulta lógico comprender que ciertos derechos humanos requieren una respuesta urgente. Sin duda alguna, ciertos sucesos en el mundo vinculados a la violación de ciertos derechos humanos resultan más chocantes a nuestra conciencia. El enfoque privilegiado sobre cierto tipo de violaciones –genocidio, tortura y limpieza étnica– por ciertas ONGs alrededor del globo nos revela esta dimensión. La reciente creación de la CPI revela la misma preocupación. ¿Podemos imaginarnos a la CPI teniendo jurisdicción sobre las violaciones de otros derechos civiles y políticos? ¿Por qué los derechos económicos y sociales aún no poseen mecanismos adecuados para un mejor monitoreo?

De manera general, los actores internacionales se resisten a establecer sanciones cuando estos “otros” derechos humanos no han sido adecuadamente protegidos. Violaciones a los derechos a la alimentación, vivienda o a servicios adecuados de salud no se encuentran en el catálogo de los abusos y atrocidades más urgentes del catálogo de derechos humanos. De alguna forma, existe un mayor nivel de tolerancia cuando estos derechos humanos son puestos en peligro. Para emplear el lenguaje del caso Barcelona Traction, aquí no existe “comunidad internacional en su conjunto” reaccionando frente al incumplimiento de obligaciones programáticas⁷⁹.

(c) Supervivencia

Finalmente, los seres humanos tendemos a asociar los derechos humanos con ideas minimalistas relacionadas a la supervivencia. ¿Cuáles son las violaciones a los derechos humanos que más nos aterrorizan? Genocidio, tortura, esclavitud y discriminación racial, son las respuestas más frecuentes a este tipo de pregunta. ¿Qué tipo de derechos humanos son nuestra última esperanza en ausencia de todos los otros? El resultado tampoco es demasiado distinto. En esta ocasión, el ideal de derechos humanos se limita a elementos tales como la vida, la libertad de movimiento, la libertad de conciencia, pensamiento y religión, así como a preocupaciones relacionadas a la alimentación, educación básica y vivienda. Nuevamente, ¿qué de los “otros” derechos humanos? ¿Acaso no son tan importantes, universales, indivisibles e interdependientes como estos otros? ¿Acaso el movimiento de derechos humanos ha sobreestimado su capacidad para dar solución a este tipo de violaciones en el mundo?

Todos estos argumentos sustentan la idea de la existencia de un grupo de preferencias al interior de los derechos humanos. ¿Puede el discurso oficial del movimiento de derechos humanos negar este hecho? En nuestros días, la idea de un núcleo duro juega un rol decisivo en el esfuerzo común para elaborar y desarrollar normas básicas relacionadas a un esquema preferente dentro del canon de derechos humanos. Esfuerzos recientes en la Comisión de Derechos Humanos muestran una aproximación minimalista para la identificación de “estándares fundamentales de humanidad”, concepto que refuerza la idea de una estructura de corte jerárquico. ¿Acaso es ésta una

⁷⁸ Reclamos relacionados a un derecho a un medio ambiente limpio, un derecho al desarrollo y a la paz, están asociados con esta línea de argumentación. Ver ALSTON, Philip. “Conjuring up new human rights: a proposal for quality control”. En: *American Journal of International Law* 78. 1984. pp. 611-614.

⁷⁹ Tal como O’Neill presenta, “[u]nfortunately much writing and rhetoric on rights heedlessly proclaims universal rights to goods and services, and in particular ‘welfare rights’, as well as to other social, economic and cultural rights that are prominent in international Charters and Declarations, without showing what connects each presumed right-holder to some obligation-bearer(s), which leaves the content of these supposed rights wholly obscure... Some advocates of universal economic, social and cultural rights go no further than to emphasize that they can be institutionalized, which is true. But the point of difference is that they must be institutionalized: if they are not there is no right”. O’NEILL, Onora. “Toward justice and virtue”. 1996. pp. 131-132.

contradicción? Ciertamente los estados y ONGs actúan movidos consideraciones preferenciales. ¿Es esto bueno? ¿Qué del principio de indivisibilidad? Quizás el núcleo duro es lo mejor que podemos esperar de los derechos humanos. El movimiento de derechos humanos se muestra así como la historia de progresivas preferencias. Quizás sea tiempo de admitir que no todos los derechos humanos tienen la misma fuerza jurídica y moral como se nos ha hecho pensar. O lo que es peor, que no todo lo que se nos dice es un derecho “humano”, sea en realidad tal.

C. Algunas preocupaciones en torno al núcleo duro

El ideal de los derechos humanos implica por sí mismo una propuesta jerárquica. En efecto, los derechos humanos son concebidos esencialmente como algo “distinto” a los demás derechos. El diseño de los derechos humanos trasciende la dimensión jurídica: estos son derechos que no se conciben como privilegios concedidos por los estados. En ese sentido, los derechos humanos están enmarcados como demandas éticas de carácter pre legislativo derivadas de lo que se ha denominado “dignidad inherente de la persona humana”. En consecuencia, los derechos humanos prevalecen cuando son confrontados con “otros” derechos. En cierta forma, la idea de los derechos humanos cumple una función de *pedigree* en el orden jurídico. Solamente estas provisiones – tan críticas para el desarrollo de estándares adecuados para todos los individuos– podrán convertirse finalmente en derechos humanos.

¿Será posible extraer entonces un estándar mínimo al interior de los propios derechos humanos? ¿Tiene ello sentido? ¿Cuáles son las implicancias de reconocer que un derecho humano es parte del núcleo duro? Los estados y ONGs *de facto* han asignado ciertas prioridades en favor de ciertos derechos humanos, haciendo ver a algunos virtualmente “invisibles” –y no indivisibles– frente a los otros. La propia ONU se centra en un grupo de estos derechos. ¿Acaso el principio de indivisibilidad debe ser reformulado y suavizado? Quizás. Sin embargo, en el estado actual de la cuestión, cualquier proposición para establecer un esquema formal de jerarquía a través de la ONU resulta políticamente improbable.

¿Y qué es lo que queremos decir cuando nos referimos al núcleo duro de los derechos humanos? El hecho de

que ciertos derechos humanos sean de vital importancia es algo que hoy creo ya es indiscutible. Pero, ¿cómo reconciliar esto con el principio de indivisibilidad? Ciertamente, todas las categorías de jerarquías a las que nos hemos referido en este ensayo se encuentran vinculadas a derechos humanos de corte civil y político o al derecho internacional humanitario. Bajo esta perspectiva el núcleo duro se encuentra básicamente ligado a intereses de supervivencia. Pero, ¿por qué algunos derechos humanos son considerados tan vitales? Para efectos metodológicos utilizaré el término “condiciones previas o de entrada” (“*threshold conditions*”) empleado por Amartya Sen en una reciente presentación pero sobre el carácter universal de los derechos humanos⁸⁰. Mi argumento es que deben existir ciertas “condiciones previas” de (a) importancia (significado), y (b) influencia social para que un derecho humano figure como parte del núcleo duro⁸¹. Por un lado, estas condiciones previas tienen un carácter negativo que impide que ciertos derechos humanos ingresen al núcleo duro. De otro lado, ellos implican una dimensión positiva, en la medida que estos criterios indicarán si ciertos derechos humanos reúnen las condiciones para su inclusión entre los derechos en los que el núcleo debe privilegiar su enfoque. ¿Debe el núcleo duro extenderse para incluir derechos que no figuran en las cláusulas de no derogación en los convenios de derechos humanos? ¿Debemos movernos más allá de consideraciones vinculadas a la seguridad personal? En mi opinión, una adecuada conceptualización del núcleo duro debe extender su agenda hacia otros grupos de derechos humanos, incluyendo otros derechos civiles y políticos así como a los derechos económicos, sociales y culturales.

Consideremos ahora cuatro derechos humanos y apliquemos el modelo de “condiciones previas” del que hemos venido hablando. ¿Cuáles de estos cuatro derechos humanos es un mejor candidato para el núcleo duro? Cada uno de estos derechos tiene, como veremos, una particular importancia en función a contextos particulares: (a) Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes⁸². (b) El derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de su existencia⁸³. (c) El derecho al descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la

⁸⁰ SEN, Amartya. “Elements of a theory of human rights”. Abril, 2004. p. 23 (manuscrito inédito, ubicado en los archivos del autor).

⁸¹ SEN emplea la metodología descrita para determinar si un caso específico reúne las condiciones para ser aceptado dentro del canon de derechos humanos.

⁸² PIDCP, artículo 7.

⁸³ PIDESC, artículo 11.1.

remuneración de los días festivos⁸⁴. (d) Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, ni de ataques ilegales a su honra y reputación⁸⁵.

Aun cuando cada uno de estos derechos humanos es de importancia de uno u otro modo, no resulta ilógico pensar que (a) y (b) son los mejores candidatos para el núcleo duro. Observemos que tanto (a) como (b) son derechos humanos relacionados con la idea de supervivencia. Es razonable considerar que (c) no es – en términos generales– lo suficientemente importante como para cruzar el umbral de significación social que lo calificaría como parte del núcleo duro. En el caso de (d), aun cuando éste puede ser de extrema importancia a nivel individual, el mismo aparece demasiado introspectivo para ser materia del núcleo duro. Tanto (c) como (d) no parecen ser derechos humanos necesarios para asegurar nuestra existencia.

Podemos extraer algunas lecciones de estos ejemplos. Ellos nos revelan que el contenido del núcleo duro no coincide necesariamente con la aproximación de no derogabilidad (el derecho considerado en (b) no es considerado “no derogable” bajo lista alguna). Adicionalmente, estos nos señalan que la noción del núcleo duro puede reflejar derechos humanos más allá de la tradición liberalista. En ese sentido, estos derechos refuerzan el argumento de que la esencia de este concepto se encuentra fuertemente vinculada a la idea de supervivencia, una noción que incluye no solamente otros derechos civiles y políticos, sino además a los derechos económicos, sociales y culturales.

Tradicionalmente, el núcleo duro ha sido definido bajo una perspectiva no derogable. Como resultado, solamente cuatro derechos humanos: derecho a la vida, prohibición de la tortura, prohibición de la esclavitud y la servidumbre y no retroactividad de la ley penal, así como las provisiones del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, han sido considerados como elementos del núcleo duro de derechos humanos. Con un lenguaje similar, Rawls expresó que los derechos humanos, “en contraste, expresan una clase de derechos *urgentes*, tales como las libertades que condenan la esclavitud y promueven la autodeterminación, la libertad... de conciencia, y la seguridad de los grupos étnicos con relación a los asesinatos masivos y prácticas genocidas”⁸⁶. ¿Es esta perspectiva adecuada? ¿Qué otros derechos humanos

se encuentran envueltos en las nociones más básicas de supervivencia? No existe un modo simple para identificar qué derechos humanos han adquirido esa categoría. Claramente, sería imposible –y quizás poco útil– intentar delimitar una lista definitiva de aquellos derechos humanos que forman parte del núcleo duro. Todo esfuerzo de esta naturaleza, aunque tentador, representa solamente un momento en el tiempo, que fácilmente puede variar con el paso de los años. Los derechos económicos, sociales y culturales, sin mencionar los denominados derechos de “tercera generación” son virtualmente invisibles para las estructuras tradicionales de jerarquía de los tratados de derechos humanos. Pero el sentido común nos indica que al menos algunos de estos derechos humanos son tan esenciales que deben formar parte del núcleo duro. Sin embargo, los estados no siempre se encuentran dispuestos a admitir que estos constituyen “verdaderas” obligaciones que deban tomarse seriamente. Esto ha deslegitimado tremendamente la posibilidad de que algunas de estas normas pueden ser consideradas como candidatas para esta categoría.

Una perspectiva amplia del núcleo duro, sin embargo, nos presenta un campo fértil para la discusión en cuanto al contenido de la noción. ¿Podrá ello deslegitimar el concepto del núcleo duro con el tiempo? Conviene recordar lo que Waldron señala: “podemos estar en desacuerdo acerca de los derechos, y es razonable que esto sea así. No debemos temer ni sentirnos avergonzados de tal desacuerdo... Debemos, por el contrario, darle cabida. Tal desacuerdo es una señal... de que las personas están tomando los derechos seriamente”⁸⁷. En todo caso, una perspectiva minimalista –el intento de que los derechos humanos establezcan parámetros de tolerancia– no es la única ruta para determinar el contenido del núcleo duro. En efecto, las divergencias en este campo no constituyen un necesario signo de debilidad. Por el contrario, podemos entenderlas como desarrollos que buscan clarificar y más bien finalizar con el desacuerdo. En ese sentido, podemos concebir al núcleo duro como un “terreno de deliberación”⁸⁸ acerca de los estándares mínimos que podemos esperar de las sociedades estatales. Bajo esta perspectiva, siempre existirá un constante movimiento en el ideal de derechos humanos, y por tanto, también dentro del grupo más esencial de los mismos.

Esta concepción del núcleo duro no se encuentra restringida a la enumeración de una lista de derechos.

⁸⁴ PIDESC, artículo 7.d.

⁸⁵ PIDCP, artículo 17.

⁸⁶ RAWLS, John. “The law of peoples”. 1999. pp. 78-79.

⁸⁷ WALDRON, Jeremy. “Law and disagreement”. 2001. p. 311.

⁸⁸ COHEN, Joshua. “Minimalism about human rights: the most we can hope for?”. Abril, 2004. pp. 7-8 (manuscrito inédito, ubicado en los archivos del autor).

Alternativamente, la dimensión jerárquica se encuentra formulada en términos de estándares urgentes para el individuo en el medio social. La importancia de esta visión es que no se encuentra restringida a las demandas básicas de humanidad, tal como la tercera escena propone. Aquí el núcleo duro funciona como un barómetro que mide el adecuado nivel de los estándares de derechos humanos en la sociedad. Bajo esta perspectiva, el núcleo duro se convierte en una herramienta para identificar aquellos bienes de importancia social así como una plataforma para la realización progresiva de “otros” derechos humanos.

Ésta parece ser una perspectiva adecuada, en la medida que va más allá del criterio de no derogabilidad, concibiendo el núcleo duro como una noción en constante evolución, no restringida a términos de lugar, tiempo o circunstancias particulares. Esta visión tampoco se enfoca en la búsqueda de puntos para un acuerdo *de facto*. En ese sentido, los derechos identificados en los principales instrumentos de derechos humanos representan solamente referencias provisionales para la reflexión en la naturaleza y contenido de la noción del núcleo duro.

Sin embargo, esta concepción no resuelve el dilema acerca de la determinación del contenido del núcleo duro. Pero como en todo asunto normativo complejo podemos estar en constante desacuerdo, ello no debe mirarse de modo fatalista. Este es el mismo problema de las normas de *jus cogens* y de las obligaciones *erga omnes*. Quizás es que los estándares bajo los que el núcleo duro debe medirse requieren ser menos demandantes que los estándares de justicia que el movimiento de derechos humanos oficialmente proclama. ¿Acaso es ésta una forma de relativismo dentro del núcleo duro? Recordemos que ésta más que una noción “dura” es una noción de carácter “intangibles”. El objetivo debe ser la creación de una concepción razonable del núcleo duro de los derechos humanos, no la de reglas para la determinación de derechos. En todo caso, esta opción no se fundamenta en la creencia de que el núcleo duro se asemeja a las estrellas en el cielo que esperan ser descubiertas. Al menos, esta visión nos brinda cierto nivel de acuerdo en las bases siguientes: (a) El núcleo duro representa un conjunto de estándares urgentes (no mínimos), (b) El criterio de no derogabilidad es ineficiente en tanto se restrinja a la determinación del contenido del núcleo duro, y (c) Otros tipos de delimitación conceptual requieren ser explorados.

V. HACIA UNA CONCEPCIÓN ALTERNATIVA DEL NÚCLEO DURO

Hemos visto que las formulaciones iniciales del núcleo duro se encuentran vinculadas a posturas que privilegian

la seguridad corporal como criterio de determinación. En efecto, parte de esta confusión se origina en los esfuerzos por darle al núcleo duro un contenido específico a través de las nociones de *jus cogens* y de normas no derogables. También hemos referido la poca utilidad de proposiciones de corte minimalista proponiendo listas “oficiales” de su contenido. En esta última parte de nuestro estudio, sin embargo, intentaremos postular una concepción alternativa del núcleo duro. Haremos así referencia a la posición contraria a la extensión de la noción hacia otros derechos civiles y políticos, así como a los derechos económicos y sociales.

En primer lugar, debemos reconocer que muchos de los derechos económicos y sociales que consideraremos no aparecen en las presentaciones clásicas del núcleo duro o en las primeras formulaciones de lo que se conoce como “derechos naturales”. Esto ya se constituye en un gran obstáculo. Sin embargo, no entraremos a considerar las discusiones acerca de la naturaleza de los derechos económicos y sociales. Así, me internaré más bien en la noción de “viabilidad” que rodea a estas críticas. Luego de un diagnóstico empírico del movimiento de derechos humanos parece ser que aun con el mayor esfuerzo, la realización de estos derechos es poco viable. ¿Pero cuáles de los derechos humanos son plenamente realizables? Entender el núcleo duro como un grupo de estándares urgentes sugiere la necesidad de pensar y trabajar pragmáticamente, por ejemplo en el desarrollo de nuevas instituciones que mejoren la situación de estos derechos. ¿Acaso la tortura ha cesado porque es considerada una norma indiscutible del *jus cogens*? Ciertamente no. El posicionamiento de un derecho humano como parte del núcleo duro parece más la confirmación de que las instituciones y órganos de monitoreo son todavía perfectibles. Tal como Sen se pregunta, “¿por qué la completa viabilidad debe ser una condición para los derechos humanos cuando el objetivo es trabajar para conseguir su viabilidad?”⁸⁹. Bajo una perspectiva más interactiva, otros derechos humanos tales como el derecho a la educación, el de atención médica, o el derecho a la alimentación podrían ser incluidos en el núcleo duro. Muchos otros de los derechos civiles y políticos, tal como la prohibición de la discriminación por causa de género o el derecho a la intimidad pueden encontrar un legítimo espacio en el núcleo duro dentro de esta visión. ¿Acaso las sociedades en vías de desarrollo del planeta se sentirían incómodas con este enfoque?

El valor de una posición como la anterior radica en que supera ampliamente una formulación “oficial” del núcleo duro. Esperamos así que nunca se produzca

una lista definitiva de derechos. Asumiendo que tal empresa sea viable, ¿quién tendrá la legitimidad para proclamarla? Otra ventaja de esta posición es que convierte al núcleo duro en un concepto pragmático y realista. Por supuesto, la no derogabilidad es un primer elemento a considerar pero también debemos estar atentos a sus limitaciones para la determinación de categorías de corte *supra* positivo. Otros criterios también pueden ser tomados en cuenta.

Al hablar del núcleo duro yo preferiría que pensemos acerca de prioridades más que en derechos superiores. Aunque ésta es solamente una observación de corte semántico, ella refuerza la idea de una noción que se encuentra en constante evolución. En ese sentido, todas las categorías de derechos humanos –los civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y aun los colectivos– pueden llegar a ser parte del “terreno de deliberación” que el núcleo duro configura. Quizás allí radique el mayor error de las primeras formulaciones del núcleo duro. El acercar la noción a las cláusulas de no derogación o a listas oficiales, ha contribuido a reforzar la idea un conjunto de principios pétreos listos para ser descubiertos a través de una fórmula de intersección normativa.

Algunos autores han sugerido que una aproximación más efectiva consiste en la identificación del núcleo duro de cada derecho humano, en el entendido de que tal intento será útil a la determinación de la esencia de cada uno así como a una progresiva realización de las distintas categorías de derechos humanos⁹⁰. Esta aproximación puede ser útil a fin de entender de mejor manera la dicotomía derogable-no derogable. En todo caso, son las cortes internacionales y los órganos de supervisión los que tendrán un interesante rol hermenéutico en este sector. Sin embargo, a pesar de lo atractivo del postulado, ello parece importar un alto grado de dificultad. En nuestros días, la jurisprudencia y los comentarios generales del Comité de Derechos Humanos también se han visto restringidos a considerar solamente un grupo de preferencias dentro de los derechos humanos.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Permítanme dar algunos comentarios finales acerca del núcleo duro. Como ha sido señalado en este ensayo, creo que la noción tendrá un mejor desenvolvimiento si es considerada como un terreno de constante deliberación. Estamos convencidos de que otros derechos humanos tales como los económicos y sociales tienen la legitimidad suficiente para ser considerados como parte del núcleo duro

dentro de esta perspectiva. En el futuro, quizás otras dimensiones –hoy impensables– de los derechos humanos podrán ser consideradas como parte del mismo. Quizás pronto cuestiones referidas al medio ambiente o al género podrán formar parte de la noción. El punto es simplemente dejar la puerta abierta para un debate permanente que enriquezca el concepto. ¿Acaso ésta es una ilusión simplista? Me doy cuenta que quizás soy bastante optimista al postular una visión de este corte para el núcleo duro. Pero también creo que este concepto –como los propios derechos humanos– se refiere a la mejora de las condiciones de vida en el planeta más que a las eternas disputas teóricas sobre sus contenidos y límites en frente de una torre de libros. En ese sentido, siempre podremos pensar en cómo recrear la noción de derechos humanos para hacerla más eficiente. Total, nada es último, ni siquiera los mismos derechos humanos. Es por ello que la noción del núcleo duro propuesta requiere estar en constante evolución. Las discusiones acerca de cómo dirigir el concepto hacia una concepción más eficiente son hoy imperativas. Solamente espero que las futuras discusiones puedan resistir la tentación de pensar en los derechos humanos como si fuesen el último escalón del desarrollo humano.

Sobre la base del análisis de este ensayo podemos sugerir dos consideraciones. La primera consideración es de corte pragmático. El núcleo duro es la *kriptónica* del principio de indivisibilidad. Su propósito, sin embargo, no es el de debilitar al movimiento de derechos humanos. Al contrario, intenta hacerlo más conciente de sus propios límites. Es la evidencia de una natural tendencia de los seres humanos para preferir ciertos derechos sobre otros. En cierta forma, ello nos dibuja un cuadro más adecuado del movimiento de derechos humanos, llenando el vacío entre teoría y realidad a veces tan ausente en los derechos humanos. La segunda consideración es de corte teórico. No resulta claro que el núcleo duro implique siempre una dimensión *supra* positiva. ¿Es el núcleo duro la expresión de una jerarquía dentro de los derechos humanos? La noción no coincide siempre con el *jus cogens*. Ciertamente, tanto el *jus cogens* como las cláusulas no derogables nos proveen de un primer criterio de determinación. Sin embargo, también creo que el núcleo duro se encuentra mejor delimitado como un conjunto de prioridades basados en la interacción social. En nuestros días, ciertos derechos humanos son vistos como algo urgente, algunos de ellos implicando una dimensión imperativa, otros no. En todo caso, el núcleo duro no se agota en una u otra noción determinista.

⁹⁰ MEYER-BISCH. Nota 41 *supra*. pp. 109-113.

Para terminar retomando lo dicho al inicio de estas páginas, este ensayo no ha buscado descifrar el camino correcto para entender el núcleo duro. Mi propósito ha sido solamente el capturar las visiones de cómo el núcleo duro ha sido considerado a través de la historia del movimiento de derechos humanos, tratando de ofrecer una postura alternativa. Los activistas de derechos humanos deben poner atención a estos enfoques alternativos. Creo en la riqueza de los enfoques pragmáticos, pero también considero que un

adecuado marco conceptual –tantas veces olvidado– beneficia sustancialmente el desarrollo de prácticas coherentes, incluyendo el adecuado monitoreo de los derechos económicos y sociales. Los activistas, así como los estudiosos del fenómeno necesitan una constante re-evaluación de sus visiones sobre los derechos humanos. La claridad conceptual es vital para la práctica y viceversa. Total, la divergencia no es signo de debilidad. Por el contrario, nos permite refinar nuestras preguntas para una próxima conversación.