

LAS PARADOJAS DE LA UNIVERSALIDAD*

Yanira Zúñiga Añazco

Profesora de Derecho Internacional Público
Universidad Austral de Chile

RESUMEN

La autora aborda el análisis de las paradojas que rondan a la nota de “universalidad” que, a su turno, se predica como elemento definitorio de la noción de los derechos humanos y que se relaciona con la existencia de una serie de “exclusiones” que parecen ser tan consustanciales a la idea de derechos fundamentales como la propia universalidad de los mismos. En este sentido, el trabajo se centra en tres de estas exclusiones que se sintetizan en la expresión acuñada por uno de los instrumentos paradigmáticos en la positivación de estos derechos, esto es, la voz “derechos del hombre y del ciudadano” que se relacionan, respectivamente, con los fenómenos de exclusión de la mujer y del no ciudadano. En el último caso, la expresión engloba tanto las exclusiones de los extranjeros como de los miembros de culturas distintas a la occidental. Finalmente, el análisis tiene como hilo conductor el valor de la “igualdad” o, si se quiere, el principio de no discriminación que constituye uno de los pilares de la construcción moderna de los derechos fundamentales.

INTRODUCCIÓN

El discurso en clave de derechos humanos es uno de los discursos más recurrentes en estos días. La invocación de éstos como referente de legitimidad de los sistemas políticos es una constante. Los derechos humanos fungen como argumento de emancipación, como una suerte de sustituto de las utopías socialistas y de contrapeso a las exclusiones consustanciales del modelo liberal. Se sitúan en una tensión dialéctica frente al poder, necesitando de éste para ser verdaderamente operativos, particularmente en el caso de los llamados derechos de segunda generación, y transformándose al mismo tiempo en el límite por antonomasia del mismo. Estas son algunas de las tantas paradojas que afectan a los derechos humanos y quizás la explicación de otras muchas que determinan que el sentido y alcance de esta construcción propia de la modernidad disten bastante de estar plenamente decantados¹. En este trabajo me dedicaré al análisis

de algunas paradojas que rondan a la nota de “universalidad” que se predica como elemento definitorio de la noción de los derechos humanos y que se relacionan con la existencia de una serie de “exclusiones” que parecen ser tan consustanciales a la idea de derechos fundamentales como la propia universalidad de los mismos. En este sentido, centraré el estudio en tres de estas exclusiones que se sintetizan en la expresión acuñada por uno de los instrumentos paradigmáticos en la positivación de estos derechos, esto es, la voz “derechos del hombre y del ciudadano”² que se relacionan, respectivamente, con los fenómenos de exclusión de la mujer y del no ciudadano. En el último caso, la expresión engloba tanto las exclusiones de los extranjeros como de los miembros de culturas distintas a la occidental. Este análisis se hará, a su turno, teniendo como hilo conductor el valor de la “igualdad” o, si se quiere, el principio de no discriminación que constituye uno de los pilares de la construcción moderna de los derechos fundamentales.

* Parte de este trabajo recoge la ponencia presentada en el Seminario “La Convención sobre todas las formas de Eliminación de la Discriminación de la Mujer, los desafíos de su aplicación” realizado el 11 de septiembre de 2000 en la ciudad de Valdivia.

¹ Acerca de este tema puede consultarse DE ASIS, RAFAEL. *Las paradojas de los derechos*

fundamentales como límites del poder. Ed. Dyckinson-Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, 2000.

² La referencia, como es obvio, es a la Declaración Francesa de 1789.

A. MUJER Y DERECHOS HUMANOS

Aunque la pertenencia de las mujeres a la especie humana constituya una premisa elemental de carácter inconcuso de la que debiera seguirse, a no dudar, la calificación de sus derechos como derechos humanos, las mujeres históricamente han sido ciudadanas de segunda categoría. A guisa de ejemplo, recién en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena el año 1993 se reconoció explícitamente que los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales.

Habiéndose conmemorado recientemente el cincuentenario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos nadie pone en duda que, desde su génesis a esta data, los avances han sido notables y muchas de las reivindicaciones más sentidas han sido satisfechas. Sin embargo, no puede dejar de reconocerse, a propósito del tema que nos preocupa, que la sola nomenclatura utilizada: "derechos del hombre" implica de suyo una referencia privilegiada al sexo masculino en cuanto paradigma de lo humano. Por cierto que este tratamiento puede justificarse por razones históricas y culturales. Sin embargo, sobre la base de las mismas razones antes invocadas, puede sostenerse que esta expresión encubre una discriminación subyacente que descarnadamente surge a la luz cuando se observa la real efectividad de los derechos humanos en los casos en que las titulares son las mujeres. La constatación empírica de esta situación y la relativa indefensión jurídica que han sufrido y sufren las mujeres, particularmente en los sistemas jurídicos orientales y los pertenecientes a los países en subdesarrollo, ha determinado que la comunidad internacional progresivamente haya emprendido la adopción de medidas jurídicas, sociales y económicas en la materia.

El prisma normativo en el tratamiento del tema se ha caracterizado, particularmente en sus inicios, por la consideración del problema de género como un problema de minorías construyéndose un régimen de protección común en relación con la mujer, los niños, las comunidades indígenas, las minorías étnicas etc., lo que ha provocado, a poco andar, que el sistema se desperfile por aglutinar distintas realidades que, si bien exhiben vasos comunicantes, sin duda se cimientan sobre factores disímiles. Por lo anterior, la tendencia reciente, seguida tanto en el sistema universal de protección de derechos como en los sistemas regionales, es abordar dichos temas mediante la elaboración de estatutos particulares no sólo referidos a cada grupo sino especializados en función de los aspectos más sensibles o que carecen de la más

elemental garantía y que, por lo tanto, requieren esfuerzos más intensivos de promoción³. En el caso de la mujer, a saber, la discriminación, la violencia, la escasa participación política en lo referente a la ocupación de cargos públicos, etc.

Como sabemos, una gran cantidad de países recogen en sus Constituciones el principio de igualdad de derechos entre hombres y mujeres, por lo que suele afirmarse que no existen normas discriminatorias; sin embargo, cuando se hace un análisis integral de los sistemas jurídicos queda claramente demostrado que existe igualdad en teoría y desigualdad en la práctica, por lo que la igualdad sigue siendo una quimera para la gran mayoría de las mujeres del mundo.

Este panorama es el resultado de una tradición inveterada asociada a patrones culturales⁴. Tras el terremoto que supuso la revolución francesa, se

³ GREGORIO PECES-BARBA denomina a este fenómeno "especificación". Véase PECES-BARBA, GREGORIO. *Curso de derechos Fundamentales. Teoría General*. Ed. BOE- Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1999.

⁴ A título ilustrativo, permítaseme citar la opinión de algunos pensadores y literatos a propósito de este tema.

Según el mito platónico que explicaba el origen de la humanidad y su condición de seres incompletos, los seres humanos tenían tres géneros primigenios: masculino, femenino y andrógino; el macho, descendiente del sol, la hembra de la tierra y el andrógino de la luna. Las formas de cada individuo eran redondas, contaban con cuatro piernas y cuatro brazos, dos órganos sexuales y dos rostros distintos y opuestos, con sus respectivos pabellones auditivos en una sola cabeza sobre el cuello circular. Su gran arrogancia les había llevado a intentar una escalada al Olimpo para desafiar a los dioses, que dudaron si fulminarlos con el rayo y extirpar su linaje, al igual que hicieran con los gigantes, o modificarlos para no perder los sacrificios con que los hombres les honraban. Zeus decidió partirlos por la mitad para debilitarlos y que se multiplicaran. Pero cada una de las partes sintió por primera vez la angustia de la soledad, y para superarla y no sentirse perdida, emprendió la búsqueda de la otra mitad. Así, la soledad apareció en la vida de los angustiados hombres, con los genitales en la espalda y la cabeza hacia delante. La humanidad empezó a extinguirse en vez de multiplicarse. Finalmente, Zeus reparó la tragedia cambiando el sexo de los hombres hacia delante y otorgándoles la facultad de reproducirse a través de la mujer. Pero en lugar de explotar el potencial de su respectiva diversidad, ejecutaron por su cuenta la obra de frag-

empezó a identificar lo público y lo privado con los distintos roles sexuales: masculino y femenino, respectivamente. Al mismo tiempo en que se proclama la democracia, sin embargo se le niegan a la mujer los llamados derechos políticos, quedando así excluida de la vida pública. Además de las razones políticas, los grandes expertos del siglo, los médicos, fundamentaron en la naturaleza esta exclusión arguyendo que la inferioridad de la mujer se debía a su biología y a su anatomía. El único rol cívico que se le permite –y se ensalza– es la maternidad social. La mujer era un ser improductivo, según Balzac, cuyo único destino y gloria era hacer latir el corazón de los hombres. No era sino un anexo al hombre, una especie de propiedad que se adquiría por contrato.

Como ya podrá advertirse, la discriminación de la mujer obedece a diversas inconscuas que, a estas alturas, forman parte del inconsciente colectivo y su reversión requiere un esfuerzo que excede con creces un simple reconocimiento y/o prohibición normativa. En efecto, no debiera sorprendernos que el Derecho, en cuanto exudación del cuerpo social, y –más importante aún– los actores jurídicos como elementos que interactúan en el mismo, se hayan hecho eco e ido impregnando y moldeando al alero de una serie de construcciones patriarcales o androcéntricas. Como acertadamente señala Boaventura de Sousa Santos, “todas las culturas tienden a distribuir a la gente y a los grupos sociales por medio de dos principios competitivos de pertenencia jerárquica. Uno opera a través de jerarquías entre unidades homogéneas. El otro opera a través de la separación de diferencias y de entidades únicas”⁵. En otros términos, cuando se trata

mentación que Zeus había perpetrado. El trastorno de reacomodar mitades dispersas ocasionó el caos y provocó, en consecuencia, la lista de infamias y vicios que nutren y estigmatizan a la humanidad desde entonces. De esta manera, al fracasar el hombre en la nunca planteada batalla con los dioses, optó por la vía más sencilla de dominar a las mujeres y a los otros hombres más débiles. Según Rousseau, la mujer lo es sólo en relación con el hombre. El orden de la naturaleza quiere que ella le obedezca, por lo que su único destino será el de esposa y madre; usurpar los derechos del hombre y mandar sólo acarrearía miseria, escándalo e indignidad.

⁵ DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos” en *Análisis Político*. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Colombia, N° 31, mayo-agosto de 1997, p. 10.

de atribuirle a un colectivo una determinada identidad se suelen contrastar sus diferencias con otros colectivos. De esta manera, la categoría de la mujer está vinculada al patriarcado por negación. Como escribe Braidotti: “la paradoja al ser definidas por otros es que las mujeres terminan siendo definidas como las otras: son representadas como diferentes de los hombres y a esa diferencia se le da un valor negativo. La diferencia es una marca de inferioridad”⁶. Así las cosas, hay una diferencia entre ser hombre o mujer en una sociedad que construye a las mujeres como diferentes de los hombres, para excluirlas de importantes áreas de la vida civil, política y económica. Con ello se erige un modelo sexista hegemónico que se ha caracterizado por el establecimiento de la existencia de diferencias biológicas entre los sexos en lo concerniente al carácter, la inteligencia y el papel social (que, a su turno, se adjetiva de “natural”) de la mujer que justifican que las mujeres estén en situación de inferioridad con respecto a los hombres.

Es esta concepción de diferencia –o discriminación–, sus reflejos y efectos la que se prohíbe en los instrumentos internacionales y la que se aspira a remover. Me permito enfatizar lo anterior, aunque pueda parecer obvio, porque no estoy de acuerdo con la idea de “igualdad de identidad” en el sentido de que un movimiento (en este caso, el movimiento feminista) sólo pueda desarrollarse formando una identidad colectiva en los términos antes expuestos. Con ello quiero significar que, en mi opinión, un fortalecimiento del sistema de protección de las mujeres no sólo implica tomar en consideración las diferencias con los hombres, sino también las diferencias relativas entre las propias mujeres⁷. De ahí que entiendo que para los juristas y demás operadores del Derecho es una exigencia implícita rescatar la idea de diversidad o reconceptualizar, si se quiere, la noción de igualdad a estos efectos. En este sentido, hago mías las palabras de Celia Amorós: “El espacio de los iguales es el espacio de las diferencias de los individuos: tú eres tú y yo soy yo, porque somos iguales, y porque somos diferentes, es decir, cada cual acota su terreno”.

⁶ DAVIS, TINE. “Identidad femenina y representación política: algunas consideraciones teóricas”, en TARRES, MARÍA LUISA (comp.), *La voluntad del ser. Mujeres en los ochenta*, PIEM-El Colegio de México, México, 1999, p. 216

⁷ A guisa de ejemplo, adviértase que no puede incluirse en una misma categoría de análisis a mujeres blancas y a mujeres de raza negra y/o inmigrantes. Estas últimas, además de los prejuicios sexistas, sufren frecuentemente violencia de origen racista.

no. Tienden, por lo tanto, precisamente por eso, a diferenciarse y a marcar cada cual su rica personalidad. Poder es poder diferenciarse.”⁸

Uno de los aspectos que conspira en contra de la concreción del ideal de igualdad, a estos efectos, es precisamente la complejidad de la noción. Esto queda de manifiesto del propio desarrollo de los movimientos feministas que no han llegado a un consenso en la definición de la expresión. A grandes rasgos, y permitiéndome ciertas licencias técnicas, es posible identificar actualmente un gran quiebre de aproximación al tema que se materializa en la existencia de dos grandes corrientes dentro del feminismo que arrancan de premisas diametralmente opuestas: por una parte, el feminismo de la igualdad, para el que la diferencia entre los sexos (géneros) es un simple efecto de una construcción histórica arbitraria y, por otra, el feminismo de la diferencia para el que la diferencia entre los sexos expresa una dualidad natural pero que por su naturalidad es simplemente insignificante. En consecuencia, solamente tiene sentido si se cultiva, bien interpretándola o disfrazándola⁹. De otro lado, la identificación –bastante común en estos días– entre los asuntos o derechos de las mujeres y la agenda feminista –la que, a su turno, genera comúnmente juicios de valor peyorativos¹⁰ a partir de descalificaciones fundadas en un supuesto carácter ideológico confrontacional– no contribuye favorablemente al debate de estos tópicos y, desde luego, obsta a la incorporación de estas materias como asuntos prioritarios en las agendas de los gobiernos ante la creencia ingenua de que basta con las prohibiciones de discriminación por sexo contenidas en las Cartas Fundamentales, que por lo demás sólo se limitan, en general, a enunciar el principio sin desarrollarlo. No es de extrañar, entonces, que la cláusula de igualdad a estas alturas no haya alcanzado un nivel de materialización satisfactorio. Es a este resultado al que se alude frecuentemente en literatura jurídica cuando se dis-

tingue entre igualdad jurídica o formal e igualdad material o de facto¹¹.

Es por esta inteligencia reduccionista y torcida de la igualdad, entre otras razones, que los estatutos de protección se han transformado en muchos casos en normas inoperantes. Paradójicamente la internalización cultural de esta deformación del concepto igualdad entre hombres y mujeres se ha transformado en un obstáculo para el éxito de las reivindicaciones femeninas, lo que se ha expresado en varias aristas:

1. *Repercusiones de la inteligencia de la igualdad en su acepción puramente formal*

Todo discurso debe ser visto como resultado de un proceso de producción que es, a la vez, de naturaleza material, discursiva y compleja. El lenguaje jurídico no es una herramienta pasiva de comunicación, por el contrario, es, por definición, un discurso prescriptivo, lo que lo diferencia del discurso de carácter descriptivo que es propio de las ciencias naturales. La confusión de estas categorías lingüísticas por parte de los legisladores ha propiciado –en mi opinión– una sobrevaloración de la ventaja o utilidad práctica de las declaraciones de igualdad entre hombres y mujeres contenidas en textos normativos a las que sorprendentemente suelen atribuírseles características descriptivas de suerte que, *ipso facto*, una vez que la norma entra en vigencia se entienden removidas las situaciones de disparidad u opresión que motivaron precisamente su dictación. Una apreciación más atenta nos haría concluir, en este caso, que se parte de la premisa falsa de que la proposición normativa tendría la aptitud de reflejar cambios que ya habrían tenido lugar, lo que, a todas luces, no resiste el más elemental análisis lógico.

Este curioso raciocinio es el que explica que los cambios legislativos que proclaman la igualdad entre hombre y mujer, las supresiones de las incapacidades de ejercicio de la mujer, los reconocimientos de la valía de la mujer en cuanto miembro de la sociedad y de sus derechos, etc., no estén sucedidos por políticas económicas, educacionales, sociales y culturales sólidas y coherentes destinadas a garantizar que dichas proclamaciones y reconocimientos tengan un correlato práctico. No es de

⁸ AMORÓS, CELIA. Mujeres, feminismo y poder, en: *Foro de política feminista*. Madrid, s.a. citada en RAMOS, DOLORES. “La palabra en el tiempo, la memoria del tiempo”, en RAMOS, DOLORES (Coord.), *Femenino plural. Palabra y Memoria de Mujeres*, Secretariado de Publicaciones Universidad de Málaga, Málaga, 1994, p. 10.

⁹ AGACINSKI, SYLVIANE. *Política de sexos*. Traducción de Héctor Subirats y Maite Baiges Artis. Grupo Santillana de Ediciones, Madrid, 1998, p. 18.

¹⁰ El feminismo caricaturizado como un movimiento cuya consigna es la “lucha de los sexos” –se dice– es culpable de la crisis de identidad de las mujeres.

¹¹ Vid. FERNÁNDEZ, ENCARNACIÓN. “Los derechos de las mujeres” en BALLESTEROS, JESÚS (Ed.), *Derechos Humanos. Concepto, fundamentos, sujetos*. Editorial Tecnos, Madrid, 1992 pp. 144-162; y CARTER, APRIL. *The Politics of women's rights*, PIEM-Logman, England, 1988.

extrañar, tampoco, que el sentido común que tiende a recurrir a la experiencia como garantía de la eficacia del sistema jurídico y de la verdad del discurso político se vea defraudado.

El fenómeno descrito previamente, que no resulta ajeno a nuestra realidad doméstica, contrasta con la óptica que caracteriza al problema en doctrina jurídica en la que, a menudo, se advierte que para lograr la igualdad de oportunidades para ejercer los propios derechos y potencialidades es necesaria la eliminación de la discriminación de facto: social, económica, política, cultural y familiar. En este mismo sentido se pronuncia la Declaración de Beijing y su Plataforma de acción que han abordado el problema asumiendo su dimensión polifacética. Especial importancia reviste la conexión entre la igualdad y la consolidación de la democracia, la erradicación de la pobreza basada en el desarrollo económico sostenido, la protección del medio ambiente y la justicia social y el reconocimiento explícito y la reafirmación del derecho de todas las mujeres a controlar todos los aspectos de su salud, en particular, su propia fecundidad, como aspectos básicos para potenciar su papel¹².

Esto también supone el establecimiento del principio de que mujeres y hombres deben compartir el poder y las responsabilidades en el hogar, en el lugar de trabajo y, a nivel más amplio, en la comunidad nacional e internacional. La igualdad entre mujeres y hombres es una cuestión de derechos humanos y constituye una condición para el logro de la justicia social, además de ser un requisito previo necesario y fundamental para la igualdad, el desarrollo y la paz. Para obtener el desarrollo sostenible basado en el ser humano es indispensable que haya una relación transformada, basada en la igualdad, entre mujeres y hombres. Se necesita un empeño sostenido y a largo plazo para que mujeres y hombres puedan trabajar de consuno para que ellos mismos, sus hijos y la sociedad estén en condiciones de enfrentar los desafíos del siglo XXI¹³.

¹² La misma declaración define la Plataforma de Acción como un programa encaminado a crear condiciones necesarias para la potenciación del papel de la mujer en la sociedad. Tiene por objeto acelerar la aplicación de las Estrategias de Nairobi orientadas hacia el futuro para el adelanto de la mujer y eliminar todos los obstáculos que dificultan la participación activa de la mujer en todas las esferas de la vida pública y privada mediante una participación plena y en pie de igualdad en el proceso de adopción de decisiones en las esferas económica, social, cultural y política.

¹³ Precisamente para que las normas jurídicas funjan como catalizadores de cambios sociales y atendida la relación dialéctica que se da entre éstas y la realidad y a la que me he referido previamente, considero indispensable una activa participación de la mujer en la toma de decisiones o en la estructura es-

Por consiguiente, la búsqueda de esta igualdad de facto no presupone deponer las diferencias ni comporta establecer un binomio hombre-mujer polarizado sino que aspira a conformar una nueva realidad que integre las diversidades en sentido amplio en un diálogo constructivo. Volvemos, entonces, a la paradoja que anuncié en la primeras líneas, la inteligencia del Estado como un gestor activo al que se le impone la ejecución de medidas positivas versus la noción clásica liberal del Estado gendarme de carácter pasivo. Esta paradoja se explica y puede conciliarse con el modelo de Estado liberal (o si se quiere, con sus versión corregida de Estado social y democrático de Derecho) en función de la prevalencia del valor de la libertad y la

tatal de poder, es decir, en el nivel de lo que elocuentemente se suele denominar "faz arquitectónica" de la política.

Para construir un modelo que dé cuenta de las necesidades de un grupo es necesario tener, a lo menos, el rol de albañil. Es indispensable que las mujeres se transformen en influyentes actores en la política plenaria, en la producción de normas, en la aplicación de las mismas, en el diseño e implementación de las políticas gubernamentales. Como se sabe, los sistemas electorales se han desplazado desde la hegemonía de los sistemas mayoritarios a la mayor incidencia de los sistemas proporcionales, a pesar de la dificultad práctica de diseño y ejecución de estos últimos, precisamente porque los sistemas proporcionales buscan establecer una representación más exacta de las fuerzas políticas. Los grupos políticos reciben escaños en proporción a su fuerza electoral y, en consecuencia, ninguna fuerza política monopoliza la representación ya que no se excluye ninguna de la misma. El principio de la representación proporcional consiste en que los escaños de una circunscripción se reparten a prorrata del número de votos emitidos. En lo que respecta a las circunscripciones, se aplican dos modelos básicos: Representación Proporcional Completa y Representación Proporcional Limitada. Este sistema crea una mayor distorsión entre número de votos obtenidos por un partido en todo el país y el número de sus representantes. Como resultado, cuanto menor sea el número de escaños correspondientes a cada circunscripción, mayor será la dificultad de que se refleje la fuerza relativa de cada partido en la distribución de escaños. Sin embargo, cuando se distribuyen los escaños en el ámbito local, partidos locales o más pequeños pueden obtener escaños en el parlamento que no hubieran obtenido de otra manera, si la distribución se hubiera hecho de acuerdo con su presencia nacional. Es un hecho conocido que el sistema mayoritario es injusto con las mujeres porque con semejante práctica electoral el éxito del partido depende en gran medida del candidato único que seleccione. Este candidato ha tenido que ser elegido basándose en criterios muy estrictos, como parte de lo que constituye un candidato "de éxito"; este proceso de selección ha sido criticado por el énfasis que da a las características "masculinas". Con frecuencia se pone en

relación de éste con la igualdad¹⁴. En efecto, la igualdad es requisito *sine qua non* para el logro de la libertad. Sólo puede ser libre aquel que está en posición real de autodeterminarse tanto individualmente a través de la elección de su propio plan de vida como colectivamente a través de su participación en la toma de decisiones sociales.

entredicho a la candidatura femenina dando por supuesto que hay menos probabilidades de que el electorado vote por una mujer porque éstas tradicionalmente han mantenido una relación lejana con la política o, en el mejor de los casos, ambigua. Sin embargo, en los sistemas proporcionales la selección de los candidatos para la lista del partido depende de otros factores además del atractivo personal del candidato. El más importante de éstos es el deseo del partido de atraer el mayor número de votos posible, lo cual implica incluir en la lista candidatas mujeres, ya que la ausencia o un número muy débil de mujeres en una lista electoral nacional podría constituir un factor negativo para una parte del electorado. Un mecanismo bastante difundido en Europa para lograr un incremento de la participación femenina es la utilización de cuotas en función de los escaños o dentro de las listas de partidos.

No desconozco que esta medida genera críticas por su presunto carácter discriminatorio y antidemocrático. En efecto, las prácticas de discriminación positiva siempre son resistidas cuando se plantean. Quizás la base de esta actitud refractaria la podamos encontrar en que la comprensión del principio del trato igualitario siempre es más fácil por la vía de la determinación negativa, esto es, la que permite argumentar con mayor facilidad cuando algo no es racional, cuando una decisión no es consistente, cuando no se produce una situación de carencia, etc. mientras que las dificultades de una determinación positiva son evidentes: esto es cuando se trata de argumentar en el sentido de que algo sí es racional, sí se justifica, etc. Sin embargo, como sugiere un reciente estudio sobre el impacto diferencial de los sistemas electorales en la representación política femenina, se pueden adoptar medidas de acción positiva tanto a escala nacional como de partido; medidas voluntarias o aplicadas por ley para garantizar una representación femenina numérica y ejecutiva, especialmente en lo que respecta a su colocación en las listas electorales, de forma estrictamente transitoria. En los casos en que la medida adoptada sea el sistema de cuotas, se propone que las cuotas no mencionen exclusivamente las mujeres, sino que sobre la base del concepto de “democracia paritaria” se establezca que ningún sexo podrá ocupar una proporción de escaños inferior a determinado porcentaje. Esto es fácil de explicar sobre la base de tres órdenes de razones:

1º Estas medidas son eficaces en el incremento de la participación femenina a diferencia de las medidas educacionales y económicas que, desde luego, suponen una inversión riesgosa y cuyos resultados, en el mejor de los casos, se obtienen a largo plazo.

2. El “costo” de la igualdad

Resulta irónico que la búsqueda de la igualdad entre hombres y mujeres genere una distorsión en la aplicación de las normas jurídicas y políticas gubernamentales que —se supone— están orientadas a la protección de la mujer. En el fuero interno de muchos, y a veces como elemento implícito en los discursos, la obtención de esta igualdad suele concebirse con un costo asociado: la pérdida de ciertos beneficios o privilegios y que se consideran inherentes a una estructura paternalista que habría que abolir. En esa línea, y con el pretexto de conceder un trato igualitario en esferas tradicionalmente monopolizadas por el hombre, se minusvaloran o soslayan situaciones que siguen aquejando a las mujeres y que se derivan de la mantención de ciertos roles sociales, particularmente en el ámbito de la familia. A guisa de ejemplo, la mujer moderna, trabajadora dentro y fuera del hogar, auténtica heroína de la actividad, debe asumir como parte de las reglas del juego el aumento de su carga horaria sin poder exigir legítimamente concesiones de permisos o tiempo de descanso adicionales de carácter terapéutico o reparador. Por el contrario, se alaba una pretendida “capacidad natural” de la mujer para hacer frente a la doble jornada¹⁵.

2º No existe razón para excluir de las esferas de poder a más del 50% de la población mundial. Lo único que busca este sistema es establecer las condiciones para una representación justa y equitativa que guarde correspondencia con las características, necesidades, pretensiones y composición del electorado.

3º La discriminación positiva tiene, por definición, un carácter transitorio destinado a eliminar los obstáculos y escollos que contaminan un adecuado funcionamiento del sistema. Una vez que el sistema es capaz de generar espontáneamente estos equilibrios dichas medidas dejan de tener justificación y debe prescindirse de ellas.

¹⁴ Autores como Ronald Dworkin postulan un liberalismo progresista. Para este autor, por ejemplo, uno de los objetivos del sistema jurídico es controlar y limitar la acción de gobierno y, en este sentido, es fiel a la tradición liberal. Afirma, sin embargo, que no existe un derecho a la libertad, en el sentido fuerte de la expresión, porque el Estado puede limitar la libertad de los ciudadanos basándose en políticas de bienestar general. Si los derechos se definen como triunfos frente a los intereses generales, entonces el derecho a la libertad no es un auténtico derecho que compita con el derecho a la igualdad (derecho a la igual consideración y respeto). Vid. DWORKIN, RONALD. *Los derechos en serio*. 4ª reimpression, traducción de Marta Guastavino, Ed. Ariel, Barcelona, 1999.

¹⁵ Cfr. ROMO, CARMEN, “Heroínas de la actividad. Mujer, usos del Tiempo y Desarrollo en España”, en RAMOS, DOLORES (Coord.), *op. cit.*, p. 152.

Dicho problema es abordado en distintos estudios¹⁶ que concluyen, en el caso de Latinoamérica, que la mujer se ha integrado en los últimos años al proceso de desarrollo con una gravitación importantísima; sin embargo, ello no permite afirmar que socialmente su contribución económica sea eficiente, valorada y, menos aún, que se ha beneficiado de las estrategias gubernamentales dirigidas a los sectores donde se ubica.

En el caso chileno, hemos visto que las políticas gubernamentales de carácter social han estado ligadas históricamente a la línea asistencial marcada por la definición de la instancia local municipal como prestadora de ayudas sociales más o menos eficaces¹⁷. El desafío consiste, entonces, en reconocer los valores tradicionales de la mujer chilena en su calidad de madre de familia y dueña de casa¹⁸, pero sin desconocer que éste no es el único campo de acción posible para la mujer. Concebir y regular a la trabajadora, a la estudiante, a la profesional, además de la madre y la dueña de casa.

Esta multiplicidad de roles debe entenderse contenida en las normas jurídicas que se refieren a la mujer de suerte que impone una mayor ductilidad del sistema en la labor hermenéutica. Esta compleja realidad, por limitaciones obvias, no siempre es recogida por el lenguaje individualista de las disposiciones sobre derechos humanos. La formulación del principio de la igualdad no debe entenderse en el sentido de excluir la existencia de medidas especiales de protección y promoción de derechos. Aún más, la búsqueda de una sociedad igualitaria en términos de oportunidades demanda la consideración previa de que el punto de partida es asimétrico y que la aplicación de reglas neutrales conduce a resultados desiguales. La abstracción de que la realidad social es diversa y jerárquica asegura que aquellas personas que difieren del modelo van a ser consideradas en términos deficitarios siempre.

Lo anterior, parece pasar inadvertido a menudo para el intérprete y para los operadores ju-

rídicos en general. Es preocupante, en consecuencia, la utilización de fórmulas abstractas desacopladas de la realidad y que envuelven el peligro inmanente de socavar la operatividad de los regímenes de tutela. Nótese cómo, con el expediente de cautelar supuestos supervalores como la familia, la honra, la intimidad, se niegan o limitan hasta el absurdo derechos como la libertad de trabajo y el derecho a un salario justo, los derechos reproductivos, y se encubren realidades como la violencia intrafamiliar, la deficiente participación política o el acoso sexual en la empresa¹⁹.

¹⁹ Sin perjuicio de estas deficiencias a nivel de normativas estatales internas, la gravedad asignada en el ámbito del sistema interamericano de protección de derechos humanos a las conductas que importen violencia en contra de la mujer no está en entredicho. Aún más, queda en evidencia del análisis de la jurisprudencia de los órganos de protección americanos. Así por ejemplo, el informe final de la Comisión sobre el caso de *Raquel Martín de Mejía*, adoptado en marzo de 1996, encará a la violación como tortura en el marco de la Convención Americana y de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. La Comisión al analizar la violación imputada determinó que en este caso se aplicaban los tres elementos enunciados en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, a saber: 1) "un acto [intencional] a través del cual se infligen a una persona penas y sufrimientos físicos y mentales", 2) "cometido con un fin", y 3) "...por un funcionario público o por una persona privada a instigación del primero". El análisis relativo al primer elemento toma en consideración tanto los sufrimientos físicos como psicológicos causados por la violación. El informe señala las consecuencias de corto y largo plazo para la víctima, así como la renuencia de muchas víctimas de denunciar ese tipo de violación. Además de determinar que las violaciones infligidas a Raquel Mejía constituían tortura, la Comisión opinó que se le había negado su derecho a la protección de la honra y la dignidad consagrados en el art. 11 de la Convención Americana. La Comisión, recordando las palabras del Relator Especial contra la Tortura de la ONU—quien manifestó que la violación afecta a la mujer "en la parte más sensible de su personalidad" con el agravante de que "en la mayoría de los casos no se dará ni podrá darse el tratamiento psicológico y los cuidados necesarios"—, tipificó en general al abuso sexual como un "ultraje deliberado" a la dignidad de la mujer.

En octubre de 1996 la Comisión adoptó su informe final sobre el Caso de *X y Y*, relacionado

¹⁶ Vid., por ejemplo, POLLACK, MOLLY y LÓPEZ, CECILIA. *Mujer y Desarrollo: Un enfoque diferente*. PREALC, Santiago, agosto 1989, N° 336.

¹⁷ Vid. SERRANO, CLAUDIA. "Estado, Mujer y Políticas Sociales en Chile", en RACZYNSKI, DAGMAR y SERRANO, CLAUDIA (Eds.), *Políticas sociales, Mujeres y Gobierno Local*, Cieplan, Santiago, 1992, pp. 125-216.

¹⁸ Un interesante análisis sobre las imágenes de la maternidad o el concepto de "supermadre" en relación con la participación política de la mujer se puede encontrar en TARRES, MARÍA LUISA, ob. cit., pp. 213-239.

Los derechos humanos, incluidos los de la mujer, sólo pueden ser comprendidos adecuadamente a partir de la categoría de la alteridad y en una relación crítico-dialéctica con la realidad fáctica de la que se nutren. La constatación de estos procesos permanentes de retroalimentación constituye un imperativo de eficiencia y eficacia de las normas. Los derechos no son entequeias sino reflejos de las necesidades en una sociedad. En este sentido, Pérez Luño es especialmente lúcido cuando afirma que “las necesidades en cuanto datos social e históricamente vinculados a la experiencia humana poseen una objetividad y una universalidad que hace posible su generalización a través de la discusión racional y el consenso, para llegar a su

con la práctica rutinaria en Argentina de exigir que las parientes que desean visitas con contacto personal con un recluso se sometan a una inspección vaginal. En diciembre de 1989 se había presentado una petición a la Comisión alegando que la esposa de un recluso y su hija de trece años habían sido sometidas a esas inspecciones, sin que existieran circunstancias especiales que justificaran esas medidas extraordinarias. La señora X interpuso una acción de amparo solicitando que cesaran las revisiones. El juez de primera instancia dio lugar a la acción, que fue apelada y aceptada, pero posteriormente denegada por la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, que razonó que las inspecciones no eran flagrantemente arbitrarias, en los términos de la ley de amparo de dicho país. La Comisión, al buscar un equilibrio entre los intereses de las personas que se ven sujetas a esas inspecciones y el interés del Estado de mantener la seguridad en los establecimientos carcelarios, tipificó la “inspección vaginal [como] mucho más que una medida restrictiva en el sentido de que implica la invasión del cuerpo de la mujer”. Por lo tanto, para lograr un equilibrio entre los intereses involucrados es necesario que el gobierno utilice normas de conducta más estrictas. En su informe, la Comisión estima que es necesario que se cumplan cuatro condiciones para establecer la legitimidad de una revisión o inspección vaginal, a saber: “1) tiene que ser absolutamente necesaria para lograr el objetivo de seguridad en el caso específico; 2) no debe existir alternativa alguna; 3) debería, en principio, ser autorizada por orden judicial; y 4) debe ser realizada únicamente por profesionales de la salud”. Con respecto a la señorita Y, que tenía trece años en esa oportunidad, la Comisión decidió que era evidente que la inspección vaginal constituyó un método “absolutamente inadecuado e irrazonable”. La Comisión determinó que los hechos denunciados permitían concluir que el Estado era responsable de haber violado los artículos 5 y 11, 25 y 8 y 1.1 de la Convención Americana.

conclusión en postulados axiológicos”²⁰. La referencia a criterios materiales en la comprensión de la igualdad no sólo importa reconocer un trato igual para los iguales y un trato desigual para los desiguales sino también exige una justificación de la diferencia.

Lo anterior está estrechamente ligado con la argumentación jurídica en materia de solución de conflictos de derechos como los antes referidos. Este modelo de argumentación tiene como objeto fundamental la decisión desde el contenido social y en función de las consecuencias de las decisiones jurídicas, esto es, qué efecto producen las decisiones desde el modelo en relación con las necesidades concretas. Precisamente la falta de empleo de este modelo de argumentación en la aplicación por parte de los intérpretes y jueces de los instrumentos nacionales e internacionales en materia de protección de la mujer es lo que ha determinado, en importante medida, una escasa efectividad de estas normas.

B. LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y LOS DERECHOS DEL CIUDADANO

Aunque la naturaleza jurídica de los derechos humanos es una cuestión profusamente discutida en doctrina jurídica, adscribo a la idea de que los derechos humanos son una construcción de carácter histórico, de manera que la correcta comprensión de esta categoría es imposible de desacoplar del contexto histórico que le dio origen y en función del entramado social dentro del cual se ha ido desarrollando.

Sólo de esta manera es posible entender la invocación de nuevas generaciones de derechos que eran impensables hace unas escasas décadas, como los derechos al desarrollo, a vivir en un medio ambiente libre de contaminación e incluso las ideas de que la humanidad es titular de ciertos derechos que se plantean a propósito de la existencia de los crímenes de lesa humanidad²¹. Sólo de esta mane-

²⁰ PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 182.

²¹ El Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, en su decisión sobre el caso Erdemovic, ha afirmado que “los crímenes de lesa humanidad son actos graves de violencia que perjudican al ser humano, atacando lo que le es más esencia [...] los crímenes de lesa humanidad trascienden igualmente al individuo pues cuando se ataca a éste, se ataca y se niega la humanidad. Así pues, lo que caracteriza esencialmente a los crímenes de lesa humanidad es el concepto de humanidad como víctima” (los destacados son míos).

ra es posible comprender y justificar la vocación de universalidad que predicamos de los derechos humanos e integrar cosmovisiones distintas de la occidental para no caer en la imposición vertical, por la fuerza económica o de las armas, de estas categorías. Para no caer en la paradoja de la *barbarie*, esto es, con el subterfugio de redimir a los bárbaros (no occidentales) se abdica de la nota característica de nuestra pretendida superioridad –la racionalidad– y se opta por la imposición forzada. Baste recordar, a estos efectos, la experiencia de la colonización española y anglosajona del continente americano.

Estas prevenciones son pertinentes en relación con la exclusión que trataremos en este acápite y que deriva de la oposición entre derechos del hombre y del ciudadano resultante de la revolución francesa.

Como se sabe, la noción de derechos humanos que nos ha sido heredada del ideario revolucionario no es una noción cualquiera. Se trata de una categoría asociada a la idea de Estado nacional que se cimienta sobre la base de la oposición entre hombre y ciudadano, entendiendo ciudadano como sinónimo de nacional en atención a la equiparación jurídica que de ambas voces se ha hecho en la cultura occidental. Sólo este último es un “hombre completo” en el sentido de que sólo éste tiene una capacidad plena de goce y ejercicio.

Aún más, el legado del trinomio Estado-nacional-occidental no sólo implica una construcción social basada en la homogeneidad de los componentes del cuerpo social concebida, en su génesis, como un presupuesto de integración por oposición a la disgregación característica de la Edad Media, sino que presupone la plasmación de un paradigma determinado: el paradigma liberal-individualista inspirado en las doctrinas contractualistas postuladas desde el iusnaturalismo racional. Como señala Jürgen Habermas, a propósito del contraste entre la tradición liberal del derecho natural y la tradición republicana inspirada en Aristóteles: “En el primer caso la ciudadanía se entiende conforme al modelo de pertenencia a una organización, pertenencia que funda una situación o posición jurídica. [...] Los individuos permanecen externos al Estado y contribuyen a la reproducción de éste con determinadas contribuciones –como son, por ejemplo, el voto y los impuestos– para recibir como contrapartida determinados servicios de la organización estatal. Conforme al segundo sistema, los ciudadanos están integrados en la comunidad política como partes de un todo, de suerte que sólo pueden formar su identidad personal y social en el horizonte de las tradiciones comunes y de instituciones políticas reconocidas. Conforme a la lectura liberal, los ciudadanos no se distinguen en lo

esencial de personas privadas que hacen valer sus intereses prepolíticos frente al aparato estatal; conforme a la lectura republicana, la ciudadanía sólo se actualiza en la práctica de la autodeterminación colectiva”²².

Esta concepción no sólo genera la exclusión de los no nacionales, sino obviamente –y por extensión– la exclusión de todos aquellos que no forman parte de una sociedad occidental. Curiosamente, sin embargo –y más adelante volveremos sobre el particular–, la concepción republicana de Aristóteles coincide con las visiones colectivistas de la filosofías hindú e islámica.

Baste ver, para demostrar este aserto, que las Constituciones y las leyes de los distintos Estados suelen establecer una serie de derechos y prerrogativas de los que no son titulares los extranjeros, particularmente en lo que dice relación con la participación en la vida política. Nótese, además, que los extranjeros en muchas ocasiones tampoco gozan del derecho al debido proceso, sino que suelen ser sometidos a la jurisdicción administrativa y, está de más decir, que en algunos Estados, particularmente europeos, el principio de *ius sanguinis* está extraordinariamente reforzado respecto de la regla del *ius solis*. Esta suerte de proteccionismo de fronteras se ha acentuado en una relación directamente proporcional con el incremento de los fenómenos migratorios²³.

Ni siquiera el llamado proceso de “internacionalización (o globalización) de los derechos” ha significado una barrera de contención efectiva al mantenerse la distinción entre refugio y asilo que supone que sólo en el caso del primero pueda hablarse, por lo menos teóricamente, de un derecho; mientras que el segundo sigue considerándose una prerrogativa discrecional de los Estados. Este problema ha desarrollado otras aristas a propósito del artificio acuñado por los Estados europeos que consiste en la distinción (bastante caprichosa hay que decir) entre las categorías de inmigrante político e inmigrante económico que les permite a estos países no infringir formalmente los tratados que los

²² Vid. HABERMAS, JÜRGEN. *Facticidad y validez*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo, Ed. Trotta, Madrid, 1998, p. 626.

²³ Nótese, sin embargo, que el art. 1º del Convenio Europeo de Derechos Humanos señala que los Estados partes “reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”. Dicha norma ha sido entendida como el “fundamento de la universalidad del convenio” en el sentido de que se trataría de un instrumento que no protege únicamente a europeos.

vinculan, puesto que se postula que éstos se aplicarían y habrían sido concebidos sólo para la primera categoría de inmigrantes. Esta distinción – como denuncia Javier de Lucas²⁴– encubre el rechazo y la pulsión xenofóbica y racista bajo la apariencia de una sociedad tolerante ante la diferencia. La alusión a la categoría de “inmigrantes económicos” es abiertamente peyorativa. Habría que preguntarse si ¿acaso esta categoría es menos digna o realmente tan distinta de los “perseguidos políticos”? Una respuesta descarnada parece indicar, por el contrario, que los inmigrantes se han transformado en el nuevo chivo expiatorio de nuestras actuales sociedades profundamente fragmentadas, en los “enemigos indeseables” que ocupan los puestos de trabajo que debieran estar reservados para los nacionales. Si consideramos que los fenómenos migratorios se han agudizado fundamentalmente como respuesta a la “universalización” de los modelos económicos de los países desarrollados y que, curiosamente, dichos fenómenos constituyen una suerte de “externalidad negativa” de la que no estamos dispuestos a hacernos cargo, es manifiesto que estamos muy lejos de estar frente a un proceso de globalización en el ámbito de los derechos humanos.

Para hablar de globalización, en el sentido de internacionalización de los derechos humanos en cuanto herramienta efectiva de tutela, es imperativo –como advierte Ferrajoli– reconocer que la ciudadanía de nuestros países ricos representa el último privilegio de *status*, el último factor de exclusión y discriminación, y no –como fue en el origen de los Estados modernos– de inclusión y equiparación, el último vestigio premoderno de las diferencias personales, la última contradicción no resuelta con la afirmación de la universalidad de los derechos²⁵.

Otro de los argumentos que suele esgrimirse para justificar la exclusión de los extranjeros, particularmente del goce de los derechos políticos, es el hecho de que estos derechos serían de la mayor importancia para la configuración del ordenamiento jurídico porque permiten participar en el proceso de generación normativa, pero, como acertadamente sugiere Kelsen, la noción de ciudadanía no es esencial para la conformación del Estado. Lo que es propio del Estado es la noción de súbdito, no la

de ciudadano²⁶. Esto es aún más claro habida cuenta de que una de las instituciones que tradicionalmente se ha entendido ligada ineludiblemente a la noción en comento, el servicio militar, se ha ido desdibujando en atención a la progresiva tendencia de reemplazar esta “carga ciudadana” por la institución de ejércitos de carácter profesional.

En una línea similar, Habermas sostiene que “los ejemplos de sociedades multiculturales, como son Suiza y Estados Unidos, muestran que una cultura política, para que en ellas puedan echar raíces los principios constitucionales, no necesita en modo alguno apoyarse en una procedencia u origen étnico, lingüístico y cultural común a los ciudadanos. Una cultura político-liberal sólo constituye el denominador común de (o el mercado cívico-político compartido en que se sostiene) un patriotismo de la *Constitución*, que simultáneamente agudiza en el sentido para la pluralidad e integridad de las diversas formas de vida que conviven en una sociedad multicultural.”²⁷.

Por último, me permito advertir que el patriotismo, la virtud cívica por excelencia, se genera sobre la base de una adhesión emotiva y, a la vez, racional a un sistema político dado. Dicha adhesión no está determinada –por lo menos en términos excluyentes y prevalentes– por la pertenencia a un grupo étnico identificado, cohesionado y diferente, por oposición, al resto de los pueblos, sino que es un reflejo de una determinada forma de racionalización del poder que se expresa como el producto del acuerdo de la comunidad política de que se trate, esto es, que se formula precisamente a través de la participación política y que configura una comunión enraizada en un legado cultural común. En efecto, no es casual que, en el caso de grupos étnicos, religiosos y/o lingüísticos que no han podido hacer uso del llamado derecho a la libre determinación, el conflicto se exponga formalmente a través de un discurso en clave de nacionalismo pero que encubre el problema de una participación deficiente en el poder político.

C. DERECHOS HUMANOS: ¿DERECHOS DEL HOMBRE LIBERAL?

La tolerancia se predica como un valor impulsor y consustancial de la modernidad y por extensión una nota distintiva de la noción de derechos humanos²⁸. Suele invocarse para comprobar

²⁴ Cfr. DE LUCAS, JAVIER. *El desafío de las fronteras*, ediciones Temas de Hoy, Madrid, 1994, pp. 158 y 159.

²⁵ Cfr. FERRAJOLI, L. “El Derecho como sistema de garantías”, *Jueces para la Democracia*, núm. 16/17, 1992, pp. 9 y ss.

²⁶ Cfr. KELSEN, HANS. *Teoría General del Derecho y del Estado*; en particular el N° 10.

²⁷ Cfr. HABERMAS, JÜRGEN, ob. cit., p. 142.

²⁸ Véase sobre este tema; PECES-BARBA, GREGORIO. *Ética, Poder y Derecho*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

este aserto la Declaración Universal de Derechos Humanos como muestra de un consenso práctico sobre líneas comunes de acción²⁹. Aunque no pretendo desconocer los avances logrados en este sentido, me temo que una inteligencia distorsionada de la tolerancia –que en sí misma es una virtud eminentemente modesta– nos enfrenta en estos días a una inflación de expectativas que o nos lleva a un optimismo ingenuo o posibilista, de la misma manera, el apareamiento de discursos propios del relativismo cultural que más que integrar visiones cosmopolitas de respeto de las distintas culturas parecen encubrir el resurgimiento de nacionalismos y la afirmación subyacente de la superioridad de unas culturas por sobre las demás, o bien, la negación de puntos de convergencia entre unas y otras. Ambos extremos son peligrosos y, por cierto, no contribuyen al desarrollo de la categoría de los derechos humanos como atributos predicables del hombre en cuanto hombre.

Una de las críticas más frecuentes a la noción de derechos humanos es la “crítica expansionista” que se expresa en la identificación de estos derechos con el modelo liberal-individualista. Como señala Boaventura de Sousa Santos, la universalidad de los derechos humanos no entraña globalización en sentido estricto sino, más bien, un localismo globalizado³⁰, es decir, una forma de globalización desde arriba o hegemónica. En otras palabras, la hipótesis básica que hemos heredado del individualismo es la construcción del hombre abstracto, aislado, al estilo de Robinson Crusoe, que se exalta en la máxima de Rawls: el hombre es persona aún desprovisto de todo atributo social.

Por otro lado, ante la crisis del modelo marxista, parece ser que no hablamos de cualquier hombre sino del paradigma del hombre, el burgués, con lo que resulta difícil entender imbricado en la noción de derechos humanos el valor de la solidaridad. Esto es especialmente claro si advertimos que en el discurso en clave de derechos humanos la posición prevalente está entregada a la categoría de derechos y el concepto de deber está extraordinariamente larvado, cuando no excluido en muchos casos. Desde luego, este escenario genera que los

conflictos de derechos (a veces simples expectativas o intereses que se presentan como derechos) se vuelvan problemas de difícil solución teórica y práctica.

Como ya adelanté cuando me referí a la visión aristotélica, en la cultura hindú del *dharma* o del *umma* islámico lo que se enfatiza es la noción del hombre como componente armónico del colectivo social y, en definitiva, de la naturaleza³¹. De ahí que la noción de deberes desplace en una mayoría abrumadora de casos a la noción de derechos.

Atendidas estas hondas diferencias conceptuales derivadas de construcciones culturales aparentemente irreconciliables, suele afirmarse que la pretensión de universalidad de los derechos humanos es una utopía.

Creo, sin embargo, que dicha afirmación propia del relativismo cultural es errónea porque esconde el hecho de que ninguna cultura, por sí misma y aisladamente, contiene una explicación completa de las cosas o de la realidad. El problema es que esa incoherencia no es susceptible de observarse desde dentro de la propia cultura. Lo anterior justifica que los *topos*³² fuertes de una cultura se vuelvan ampliamente vulnerables cuando se usan en otras, esto es, que sean degradados de premisa de argumentación a simple argumento. Ejemplos de estos topos son la heterogénea inteligencia y la diversa posición que ocupan las nociones de “derechos” y “deberes” en la cultura occidental y en las orientales, respectivamente; o, de otro lado, la forma disímil en que se expresa la relación entre individuo y sociedad en unas y otras.

Así vistas las cosas, el problema de la universalidad de los derechos humanos no se resuelve sólo por la vía de la tolerancia. Impone no sólo un cambio de actitud respecto a “los otros” sino un esfuerzo de reconstrucción a nivel epistemológico, esto es, un cambio de actitud en relación con el conocimiento. En este sentido, es útil tener presente la crítica con que Foucault se hace eco del pensamiento de Nietzsche al afirmar que: “entre el instinto y el conocimiento encontramos no una continuidad sino una relación de lucha, dominación, subordinación, compensación, etcétera, de la mis-

²⁹ Esto, sin perjuicio de las objeciones que han planteado a la misma los países de la Organización de la Conferencia Islámica y países asiáticos entre otros.

³⁰ El autor define globalismo localizado como el proceso por medio del cual un fenómeno local dado se globaliza exitosamente; verbigracia, la operación mundial de corporaciones transnacionales; la transformación del inglés en la *lingua franca*, la globalización de la comida rápida, etc. Ob. cit., p. 6.

³¹ El sesgo que se imputa desde estas concepciones a la noción occidental de derechos es que elude el deber básico de los individuos de encontrar su lugar en el orden de la sociedad y del cosmos.

³² Los topos son los lugares comunes ampliamente difundidos en una cultura que actúan como premisas de argumentación haciendo posible la producción y el intercambio de argumentos.

ma manera vemos que entre el conocimiento y las cosas que éste tiene para conocer no puede haber ninguna relación de continuidad natural. Sólo puede haber una relación de violencia, dominación, poder y fuerza, una relación de violación”³³.

En consecuencia, el ideal de universalidad de los derechos debe abordarse desde un prisma de diálogo transcultural o multicultural que permita integrar diferentes cosmovisiones armónicamente, rescatar las nociones de dignidad humana que están presentes en todas las culturas, pero que se expresan en forma diversa o, si se quiere, capturar el núcleo de subjetividad que está implícito en todas las tradiciones y que contiene un articulado coimbricado de dimensiones que se estiman básicas para el desarrollo de la personalidad. Dentro de las diferentes versiones de estas dimensiones, a su turno

deben escogerse aquellas que vayan más allá en el reconocimiento del otro y que, en este sentido, sean más completas.

La tarea no es fácil pero, como propone de Lucas, no se trata de descubrir el *verdadero código de derechos*, que estaría, por así decirlo, oculto tras la diversidad. No hay tal. El objetivo es más modesto: acordar lo que nos parece más razonable en términos de reglas de acción y conductas³⁴.

Esta empresa precisa –volviendo a las paradojas– construir un consenso que resguarde y preserve el disenso a través de reglas jurídicas generadas transversalmente, desde abajo, a partir de la herencia común de la humanidad, de esa huella indeleble y definitiva de lo humano. Se trata, en consecuencia, de materializar una utopía.

³³ FOUCAULT, MICHEL. *La verdad y las formas jurídicas*, 5ª reimpresión, traducción de Enrique Lynch, Ed. Gedisa, Barcelona, 1998, p. 24.

³⁴ Cfr. DE LUCAS, JAVIER. Ob. cit., p. 113.