

*Derechos Humanos,
Constitucionalismo e Integración:
Iconografía y Fetichismo*



por
Joseph H. H. Weiler





I. Introducción: Espejito, espejito: ¿quién es la más bella de todas?

La *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* ha logrado formar parte del *Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*. Para muchos se trata de su pieza central, en realidad, la única justificación para llamar a este tratado *Constitución*. Es correcto que los derechos fundamentales (como prefieren los alemanes) o los derechos humanos (como prefieren los franceses) estén en el centro de dicho debate constitucional. Pero también es apropiado no dejar que la complejidad normativa conformada por la trinidad de derechos humanos, constitucionalismo e integración sea oscurecida a causa del entusiasmo que por ellos tenemos. Este ensayo intenta, en consecuencia, echar luz sobre algunos de los aspectos más oscuros del debate actual.

Un innegable tono festivo envuelve nuestro discurso sobre los derechos humanos. Reconocemos los derechos huma-

nos -de manera justificada- como uno de los logros más importantes de nuestra civilización. Aclamamos nuestro compromiso hacia los derechos humanos y su inclusión en nuestros sistemas legales como una señal y una prueba madura de la respuesta (y la superación) de Europa a su poco glorioso y reciente pasado en la Segunda Guerra Mundial. Consideramos los derechos humanos, junto con la democracia, como un valor fundacional de nuestro orden político, por el cual aun vale la pena luchar. La reciente “adopción” de la Carta de la Unión Europea es la apoteosis final de este discurso. Sin duda, los derechos humanos han alcanzado una posición iconográfica en la cultura europea. Aunque nos distanciamos con desdén de las más vulgares expresiones del triunfalismo americano sobre el fin de la historia que estallaron con la caída del Imperio Soviético, ese mismo desdén no puede sino esconder el sentimiento europeo de su superioridad cultural y, en consecuencia, su propia versión de autosatisfacción y triunfalismo. Alzamos el espejo de derechos humanos

—según demuestran nuestros instrumentos nacionales y transnacionales— hacia nuestro rostro colectivo y sonreímos con satisfacción: sí, *nosotros* somos los más bellos. Pero, como bien sabemos, si miramos con cuidado, el espejo no esconde nuestras verrugas, defectos y —en ocasiones— nuestra propia fealdad. Cuanto menos devuelve una visión más matizada de nuestra mirada de auto-admiración.

Las siguientes son tres características centrales del debate sobre los derechos humanos, el constitucionalismo y la integración:

1. En primer lugar, los derechos humanos son parte de un discurso y de un compromiso más amplios hacia las constituciones y el constitucionalismo. Frecuentemente, son parte de un compromiso hacia la dura versión de las constituciones y del constitucionalismo que encontramos, por ejemplo, en los ordenamientos legales alemán e italiano, que encarnan la noción de Constitución como una ley superior. Tales desarrollos son evidentes aun en países como Dinamarca, Bélgica, Francia y otros, que tienen una versión más suave de constitucionalismo y una larga tradición de escepticismo hacia el estilo americano de *judicial empowerment* (otorgamiento de poder a los jueces). Por su parte, la Unión Europea ya cuenta con una versión muy robusta de constitucionalismo y la Constitución es, como se ha explicado, percibida por muchos como el primer elemento de una potencial formalización por parte de la Unión Europea de este tipo de constitucionalismo.

Simultáneamente, los derechos humanos ilustran la creciente aceptación del (y la resignación al) rol central de los jueces y tribunales en el discurso público. Los tribunales son muy audaces en asegurar su poder cuando se cobijan bajo el manto de guardianes de los derechos humanos garantizados por documentos constitucionales. Son asimismo muy exitosos al momento de obtener apoyo y legitimar su poder en el contexto de los derechos humanos. Europa agrega un matiz interesante a este fenómeno. En primer lugar, conviene no pasar por alto cierta cuota de “interés egoísta” en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas cuando se apresura a adoptar la Carta dentro de su jurisprudencia, una Carta que no fue puntualmente incorporada al ordenamiento jurídico europeo por quienes cuentan con una legitimidad política y democrática mucho más alta que la del Tribunal de Justicia. En segundo lugar, mientras que siempre ha habido (y quizás hoy día exista) una creciente crítica al llamado “activismo” del Tribunal de Justicia —que se esconde detrás de la expresión *Gouvernance des Juges*— una mirada más cuidadosa usualmente termina por revelar que dicha crítica surge de un sentimiento nacionalista más preocupado por la pérdida de soberanía nacional hacia Europa que por la pérdida del poder popular o parlamentario a favor de los jueces. Si el Tribunal de Justicia fuese “activista” en un sentido opuesto, como por ejemplo cercenando el poder de la Unión Europea (y a no confundirse, también se trataría de una forma de activismo judicial), uno encontraría a los mismo críticos celebrando al Tribunal de Justicia. En otras palabras, la mayor parte de las críticas no son sobre el *judicial empowerment* en sí, sino sobre su contenido. Es significativo que cuando los tribunales nacionales, en un hecho de *national judicial empowerment*, se lanzan contra el Tribunal de Justicia (han habido varias expresiones en este sentido durante los últimos años), son aclamados por proteger valores nacionales, identidad y soberanía. Son pocos quienes protestan, argumentando que es el poder judicial —con frecuencia constitucionalmente resguardado de cualquier impugnación parlamentaria— el que está decidiendo sobre cuestiones fundamentales que definen la relación del Estado miembro con la Unión.

2. En segundo lugar, más allá del constitucionalismo y su compromiso con (o la aceptación de) los tribunales y los jueces como tales, en la discusión sobre los derechos humanos existe una gran fe en la *protección judicial* de los mismos. Podríamos llamar a esto síndrome del *Habeas Corpus*. El punto que deseo señalar es bastante simple: de manera creciente, la evaluación de la eficiencia de estos documentos y de su propia realidad como instrumentos legales dotados de sentido, reside en la posibilidad de ser invocados por parte de los individuos y ejecutados por parte de los tribunales contra las autoridades públicas a instancia de tales individuos. Fue el *Auto de Habeas Corpus* el que consolidó su posición en la historia jurídica. En el mundo actual, los documentos y declaraciones que no cuentan con tal *status* son frecuentemente ridiculizados por su carácter “exhortatorio”, aspirante, embrionario, todos ellos esperando hacer efectivo su potencial, cuando lleguen a la tierra prometida donde puedan ser invocados y ejecutados judicialmente.





3. Finalmente, los derechos humanos se han transformado en una parte importante del discurso sobre la integración y la identidad europeas. Dicho debate tiene lugar en dos niveles. El primero de ellos consiste en la afirmación de los derechos humanos como parte de un patrimonio común etcétera, etcétera, etcétera, buen material para los discursos de los políticos, algo semejante a la Quinta Sinfonía de Beethoven o a la bandera azul con las estrellas doradas. Pero existe una dimensión más seria de este debate. Mientras crece la entidad política, mientras la capacidad de los mecanismos e instrumentos nacionales para dotar de legitimidad democrática a las normas europeas es crecientemente entendida como parcial y, con frecuencia, más formal que real, la necesidad de democratizar los procesos de toma de decisión a nivel europeo se ha vuelto cada vez más acuciante. Tal democratización requiere, a su vez, el surgimiento de una entidad política con compromisos sociales, lealtades y vínculos, lo que constituye una *conditio sine qua non* para la disciplina de la toma de decisiones mayoritaria. Sin *demos*, no hay democracia. Europa se aleja de una identidad étnica o religiosa o cualquier otro tipo de auto-referimiento orgánico. La única construcción normativa aceptable es concebir la comunidad política como una *comunidad de valores*, tal como fue el espíritu original (aunque no la práctica) de la Francia post-revolucionaria y de los Estados Unidos. Cuando se busca el contenido para tal *comunidad de valores*, el compromiso hacia los derechos humanos se convierte en el instrumento que está más “al alcance de la mano”. Aquí yacen valores en torno de los cuales, seguramente, los europeos pueden reunirse y celebrar.

Hay mucha verdad y valor en nuestro compromiso hacia los órdenes constitucionales que promueven la democracia, los derechos humanos y el Estado de Derecho; en la seriedad con la que asumimos tal compromiso como una evidencia de nuestra voluntad de que los derechos humanos sean una verdadera herramienta legal, con frecuencia de un valor normativo superior, invocables por los individuos ante las autoridades públicas, juzgadas y ejecutadas por los tribunales; y en la ubicación de los derechos humanos junto con los mercados y la prosperidad económica definiendo los valores de nuestra emergente comunidad política europea. Sin embargo, existen también sombras, matices, verrugas y aspectos desagradables de esta imagen que también debemos tener en cuenta.

II. Patriotismo Constitucional: ¿el último refugio de los bribones?

¿Por qué le damos tanta importancia a la integridad constitucional de nuestros ordenamientos jurídicos? ¿Por qué, a pesar del hecho de que la Unión Europea posee un ordenamiento jurídico funcional, se perciben fuertes voces que quisieran enraizarlo en un documento constitucional formal? ¿Por qué hablamos de crisis cuando los constitucionalismos nacionales y europeo entran en conflicto, sobre todo en el área de derechos humanos?

No existe, por supuesto, una única respuesta a esta pregunta. Sin embargo, en mi opinión, cualquier repuesta debería incluir por lo menos un matiz de los siguientes argumentos:

Consideramos la integridad de nuestros ordenamientos constitucionales *nacionales* no simplemente como una materia de importancia para el buen funcionamiento del gobierno y de una distribución ordenada del poder político, sino también del compromiso moral y de la identidad. Percibimos que nuestras constituciones nacionales no solo estructuran los respectivos poderes del gobierno y las relaciones entre el poder público y los individuos, o entre el Estado y otros agentes. Se dice que nuestras constituciones resumen valores fundamentales de la comunidad política y, a su vez, se sostiene que esto es un reflejo de nuestra identidad colectiva como pueblo, como nación, como Estado, como Comunidad, como Unión. Cuando nos sentimos orgullosos y apegados a nuestras constituciones, es en virtud de tales razones. Tratan de la limitación del poder, no de su ampliación; protegen los derechos fundamentales del individuo y definen una identidad colectiva que no nos hace sentir tan incómodos como lo harían ciertas formas de identidad étnica. En consecuencia, en los agotadores debates sin término acerca del ordenamiento constitucional de la Unión Europea, durante la última década, los tribunales nacionales se han vuelto más agresivos en su auto-reconocimiento constitucional. La jurisprudencia consolidada es bien conocida. Los tribunales nacionales ya no se sitúan en la vanguardia del “nuevo ordenamiento jurídico europeo”, trayendo el imperio de la ley a las relaciones transnacionales y dando poder a los individuos *vis-à-vis* los Estados miembros a través del derecho comunitario. Por el

contrario, se sitúan en la entrada y defienden las constituciones nacionales contra los abusos de Bruselas y Luxemburgo. Han sido acogidos comprensivamente, ya que se los percibe como protectores tanto de los derechos humanos fundamentales como de la identidad nacional. Proteger la identidad nacional está *passé*; proteger la identidad nacional insistiendo en nuestra especificidad constitucional está *à la mode*.

En esta lectura, las modernas constituciones liberales limitan el poder de los gobiernos *vis-à-vis* los individuos; a su vez, articulan derechos humanos fundamentales dentro de la mejor tradición neo-kantiana; y reflejan una noción de identidad colectiva como comunidad de valores que es mucho menos amenazante que las definiciones más orgánicas de identidad colectiva. Son un reflejo de nuestro mejor perfil.

Pero al igual que la luna, al igual que las cosas buenas en la vida, también hay un lado oscuro.

En primer lugar, vale la pena escuchar atentamente la retórica del discurso constitucional. Hasta cuando es pronunciado por los grandes humanistas, los tonos militares se dejan sentir. Hemos sido invitados a desarrollar *un patriotismo* en torno a nuestras modernas y liberales constituciones. El patriota constitucional es invitado a *defender* la constitución. En ciertos Estados encontramos agencias designadas para proteger la constitución, bautizadas con nombres similares a las de nuestras defensas de frontera. En otros países somos invitados a *jurar lealtad* a la constitución. En una democracia constitucional, tenemos una doctrina de “democracia militante”, en virtud de la cual la hospitalidad democrática no se extiende a aquellos que destruirían la democracia constitucional. Desde esta óptica parece que ser un buen liberal constitucional implica ser un nacionalista constitucional y, como resultado, que los intereses constitucionales no sólo traten sobre valores y limitaciones al poder sino también sobre su opuesto: el poder que subyace debajo de tales valores.

Muy pocos constitucionalistas y prácticamente ningún moderno tribunal constitucional acudirían de manera abierta a la ley natural. En consecuencia, desde un punto de vista legal, la autoridad normativa formal de las constituciones –alrededor de las cuales debe formarse el patriotismo que debemos defender– es mayormente positivista. Esto significa que es tan profundo o tan superficial como la última reforma constitucional: en ciertos países, como Suiza o Alemania, no se trata de un proceso político particularmente oneroso. Por ello, descansar tanto en la integridad constitucional de un Estado miembro es un llamativo rasgo de “auto-alabanza” y “auto-reforzamiento”, de concedernos a nosotros mismos, en nuestra capacidad de poder constituyente, una impresionante autoridad normativa. Tan sólo hace falta pensar en la naturaleza sagrada que le otorgamos a las constituciones adoptadas por diversas sociedades de la generación de la Segunda Guerra Mundial en Alemania, Italia y otros lugares, muchas de las cuales estaban moralmente corrompidas.

Una duda similar debería atenuar cualquier entusiasmo hacia la nueva postura constitucional de los tribunales nacionales que se presentan como defensores de los valores constitucionales centrales de su comunidad política, en efecto, su propia identidad. La limitación al poder impuesta sobre las ramas políticas del gobierno está acompañada –como se ha ampliamente señalado– por una gran dosis de *judicial self-empowerment* y no poco de moralización “auto-celebrante”. Los derechos humanos frecuentemente



provocan las más estridentes retóricas por parte de los tribunales. Sin embargo, los textos constitucionales de nuestras diferentes comunidades políticas –especialmente cuando se trata de derechos humanos– son notablemente similares. En muchos casos, la defensa de la identidad constitucional del Estado y de sus valores centrales termina siendo una defensa de algunas objeciones hermenéuticas de poco peso adoptadas por cinco jueces votando contra otros cuatro. La guerra de las bananas, que ha involucrado al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la Corte Constitucional alemana, el Órgano de Apelación de la Organización Mundial de Comercio y un sinnúmero de abogados y académicos, constituye el símbolo perfecto de esta farsa.

Finalmente, existe una exquisita ironía en un carácter constitucional que, por un lado (con justa razón), sospecha de viejas nociones de identidad orgánica y étnica, mientras que por otro, reivindica una supuesta única identidad moral, sabiduría y superioridad de los autores de la constitución, del pueblo, del *demos* constitucional –al momento de ejercer el poder constituyente– y, naturalmente, de aquellos que lo interpretan.

Fue Samuel Johnson quien sugirió que el patriotismo era el último refugio de los bribones. El dr. Johnson estaba, por supuesto, sólo en parte en lo correcto. El patriotismo también puede ser noble. Pero se trata de un aforismo que vale la pena tener presente cuando ponderamos el patriotismo constitucional, mayormente encarnado tanto a nivel nacional como transnacional en los derechos humanos.

III. La Carta y la Protección Judicial de los Derechos Humanos Fundamentales

La *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* está entre nosotros y deberíamos sacar lo mejor de ella. Sin embargo, aún vale la pena preguntarse si Europa efectivamente la precisaba: ¿mejorará realmente la protección de los derechos humanos fundamentales en la Unión? Los ciudadanos y residentes europeos no sufren, al final de cuentas, de ningún déficit en la protección judicial de sus derechos humanos. En la mayor parte de los Estados miembros los derechos humanos se encuentran protegidos por la constitución y por el tribunal constitucional u otros tribunales. Como una red de seguridad adicional, también los protege el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (CEDH) y los órganos de Estrasburgo. Dentro de la Comunidad, cuentan con la protección judicial de Tribunal de Justicia que toma como fuentes esta misma Convención y las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

Entonces, ¿por qué una nueva Carta?

Para los promotores de la Carta, lo más importante era el tema de la percepción y de la identidad. Desde Maastricht, la legitimidad de la construcción europea ha sido un tema candente; el advenimiento de la Unión Monetaria Europea con un Banco Central Europeo poco obligado a rendir cuentas, ha profundizado la percepción de una Europa preocupada más por los mercados que por la gente. Puede ser cierto que el Tribunal Europeo garantiza protección legal contra los abusos de los derechos humanos pero, ¿quién es consciente de esto?

De acuerdo a sus partidarios, una Carta haría visible y prominente aquello que hasta ahora sólo era conocido por ciertos abogados de antaño. Asimismo, la Carta –como un símbolo importante– podría contrabalancear al euro y convertirse en parte de la





iconografía de la integración europea contribuyendo tanto con la identidad como con la identificación con Europa.

¿Ha ocurrido esto? Sólo el tiempo lo dirá. Hasta el momento la evidencia es que se ha perdido en las decenas de miles de palabras que constituyen la nueva “Constitución”. En el debate sobre la Constitución no escucho voces que sugieran que votar “No” en los referéndum pendientes debilitará la protección de los derechos humanos que gozan los ciudadanos europeos. En verdad –y esto es un punto crítico– la Carta dentro de la Constitución es vista como gran parte de un proyecto liberal que tiene poco de un real espíritu socioeconómico. Como un protector de libertad –“a la americana”– en lugar de un protector de bienestar.

La claridad era una segunda razón frecuentemente invocada para justificar el ejercicio. El sistema habitual de mirar a las tradiciones constitucionales comunes y al CEDH como origen de los derechos protegidos en la Unión es, según se argumenta, insatisfactorio y debería ser reemplazado por un documento formal que enumere tales derechos. Sin embargo, ¿realmente se agregaría claridad? Examinando el texto, notamos que está apropiadamente redactado en el lenguaje magisterial característico de nuestras tradiciones constitucionales: “la dignidad humana es inviolable”, etc. Hay muchas cosas para decir en favor de esta tradición pero la claridad no es una de ellas. Cuando se trata de los límites de los derechos incluidos en la Carta, no creo que agreguen demasiada claridad acerca de qué se encuentra protegido y qué no.

Sin embargo, debe notarse que al redactar una enumeración –y quizás algún día incorporándola plenamente al ordenamiento jurídico– habremos eliminado, por lo menos en parte, una de las características realmente originales de la arquitectura constitucional previa a la Carta en el campo de los derechos humanos: la capacidad de utilizar el sistema legal de cada Estado miembro como un laboratorio orgánico y viviente de protección de los derechos humanos que luego, caso por caso, puede ser adaptado según las necesidades de la Unión por parte del Tribunal de Justicia en su

diálogo con las contrapartes nacionales. Puede que la Carta no afecte dicho proceso pero corre el riesgo de inducir una jurisprudencia más introspectiva y enfriar el diálogo constitucional.

La redacción de una nueva Carta, según se afirmó, brindaría la oportunidad de introducir innovaciones necesarias a nuestras normas constitucionales que fueron moldeadas por viejas constituciones y tratados internacionales. Temas tales como biotecnología, ingeniería genética, privacidad en la era de Internet, identidad sexual y, sobre todo, derechos políticos que dan poder al individuo, podrían ser tratados con aires renovados, colocando a la Carta en la vanguardia del constitucionalismo europeo.

Dejaré que el lector juzgue si la Carta ha introducido dicha innovación. En ciertas instancias, el lenguaje utilizado por la Carta corre el riesgo de “desconstitucionalizar” ciertos derechos. La fórmula frecuentemente utilizada según la cual los derechos son “garantizados de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”, podría terminar causando un daño considerable a la protección constitucional de los derechos humanos. A pesar de que se trata de una fórmula que encontramos en los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros y en tratados internacionales y de que es posible el desarrollo de una jurisprudencia que separe la existencia del derecho de su ejercicio, será muy difícil –en las circunstancias particulares de la Comunidad– poner en tela de juicio la constitucionalidad de una medida de la Comunidad (sin mencionar la de un Estado miembro) que replique la ley existente en un determinado Estado miembro. Esto puede acabar siendo un desarrollo sumamente regresivo para la protección de los derechos humanos.

Otro escenario regresivo es uno en el que haya gran presión para que el Tribunal rechace cualquier interpretación progresista de las varias fórmulas encontradas en la Carta, si esto resulta rechazado por la Convención que la redactó. Por ejemplo, durante el proceso de redacción de la Carta, se rechazó la propuesta de incluir el “derecho de toda persona a tener una nacionalidad”. Para el Tribunal será complicado articular tal derecho. Del mismo modo, la “integridad genética” fue quitada del art. 3 sobre la “integridad de la persona”. Esto también podría tener subsecuentes consecuencias interpretativas. Podrían encontrarse muchos más ejemplos. En general, será mucho más difícil para el Tribunal cristalizar un derecho comunitario cuando el mismo haya sido considerado y rechazado por una asamblea política constituyente. De hecho, en ciertas áreas, la Carta reduce la protección actualmente brindada en el ordenamiento jurídico de la Comunidad. El art. 51(1) reduce las categorías de los actos de los Estados miembros que pueden ser sujeto de escrutinio europeo y el art. 53, por lo menos, plantea puntos problemáticos respecto de la supremacía del derecho comunitario en esta área.

Pero lo más preocupante de todo es el hecho de que el ejercicio de la Carta sirvió como evasiva, como coartada, para no hacer aquello que era verdaderamente necesario si el propósito hubiese sido, en efecto, la protección de los derechos fundamentales en la Unión, en lugar de hablar sobre el aumento de dicha protección.

El verdadero problema de la Comunidad es la ausencia de una *política de derechos humanos*, con todo lo que esto implica: un Comisario, un Director General, un presupuesto y un plan de acción horizontal para hacer efectivos aquellos derechos ya garantizados por los Tratados y judicialmente protegidos en varios niveles por los tribunales europeos. Gran parte de la historia de los derechos humanos, y de sus abusos, tiene lugar en los majestuosos salones de los tribunales. La mayoría de quienes ven violados sus derechos carecen del conocimiento o de los medios para solicitar vindicación judicial. La Unión no precisa de más derechos en sus listados, ni de más listados de derechos. Lo que más se necesita son programas y agencias que hagan reales los derechos, no simplemente interdictos negativos que puedan ser ejecutados por los tribunales.

La mejor manera de comprender la cuestión es pensar en la política de competencia. Imaginen a nuestra Comunidad con los artículos 81 y 82 prohibiendo las prácticas restrictivas y el abuso de la posición dominante, pero sin tener un Comisario y la Dirección General 4 (DG4) para monitorear, investigar, regular y castigar violaciones. Los interdictos contra las violaciones a la competencia se verían verdaderamente comprometidos. Pero es ésta precisamente la situación con los derechos humanos. En su mayor parte, las normas apropiadas están en su lugar. Si las violaciones llegasen al Tribunal, la reacción judicial sería igualmente apropiada. Sin embargo, ¿habría alguna

posibilidad de combatir efectivamente las violaciones de las reglas sobre competencia sin un DG4? ¿Contamos con alguna posibilidad en el campo de los derechos humanos sin una construcción institucional semejante?

Una razón por la cual no contamos con una política es porque la Corte, en su sabiduría, y equivocadamente en mi opinión, determinó en la Opinión 2/94 que la protección de los derechos humanos no es uno de los objetivos de la política de la Comunidad y que, en consecuencia, no puede ser sujeto de una política proactiva.

Mucho más importante que una Carta, para la efectiva vindicación de los derechos humanos, hubiese sido una simple reforma al Tratado que transformase la protección activa de los derechos humanos –dentro de la esfera de aplicación del derecho comunitario– en una política de la Comunidad, junto con otras políticas y objetivos incluidos en el art. 3 y el compromiso de tomar todas las medidas necesarias para dar consistencia a dicha política en forma expeditiva¹. No sólo no se dio dicho paso, sino que el art. 51(2) hizo aún más difícil que se pueda dar en el futuro.

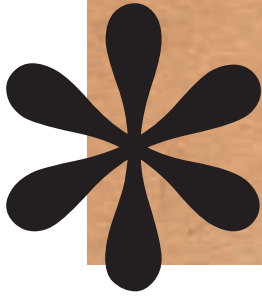
IV. Derechos Humanos e Integración

Como se mencionó anteriormente, la visión clásica contempla el compromiso por los derechos humanos fundamentales como un ideal “universal” unificador, uno de los valores centrales alrededor del cual los pueblos de Europa se reúnen en un patrimonio compartido. Cuando el Tribunal Europeo se situó como garante de los derechos humanos fundamentales en el campo del derecho comunitario, ¿no estaba meramente dando una expresión judicial (¡y consistencia!) a una herencia común, antes que enfrentando la diversidad cultural? La respuesta a esta pregunta es “Sí, pero...”.

Más allá de cierto núcleo, reflejado en Europa por el CEDH, la definición específica de derechos humanos fundamentales frecuentemente difiere de una comunidad política a otra. Aun dentro de una zona cultural relativamente homogénea como Europa Occidental, tales diferencias pueden reflejar elecciones fundamentales de la sociedad y formar parte importante de las diferentes identidades de las comunidades políticas y las sociedades. Con frecuencia son aquella parte de la identidad social que realmente importa a la gente. Con frecuencia las personas pueden considerar que dichos valores –como una expresión de su identidad específica– deberían ser respetados contra toda invasión unificadora. Dado que tales derechos son fundamentales, también lo serían las diferencias entre ellos. Cuando la Corte debe escoger entre tal o cual variante de un derecho “para Europa”, está implícitamente realizando una elección acerca de la identidad cultural para Europa. Lo que está en juego, por lo tanto, es crucial. Son aún más importantes si tenemos en cuenta que muchos considerarían que, para efectuar tales decisiones de identidad, la *autonomía* de las diferentes sociedades (ciertamente Estados Nación) es tan importante como la elección efectivamente realizada y que esta autonomía debería estar protegida por fronteras tan fundamentales como los derechos mismos. En esencia, el ejercicio europeo de la protección judicial de los derechos humanos manifiesta inevitablemente el dilema inherente de una entidad política multinacional y multicultural: la reconciliación de la vindicación de los derechos humanos fundamentales con la vindicación de la autonomía nacional resguardada por fronteras fundamentales.

Vale la pena explorar en mayor detalle la manifestación y los límites de este problema en el contexto de la integración europea, dado que desafía la visión clásica que contempla a los derechos humanos como un valor neto de integración.

Los estados liberales modernos –que toman su estilo de la tradición democrática franco-americana antes que de la británica– cada vez más reconocen una “ley superior” (típicamente una constitución o, de manera más reciente, tratados internacionales) que inclusive obliga a la legislatura de un Estado. En un número creciente de democracias modernas la ley superior es apoyada por tribunales y por un sistema de revisión judicial que le otorgan, por así decirlo, consistencia. Dentro de este carácter constitucional, la protección judicial de los derechos humanos fundamentales posee un lugar central. La sujeción de una legislatura democráticamente elegida a un tribunal y a las normas de una “ley superior” de derechos humanos fundamentales es crecientemente vista, a pesar de la imagen contra-mayoritaria, como un fundamento complementario del ejercicio del gobierno democrático.



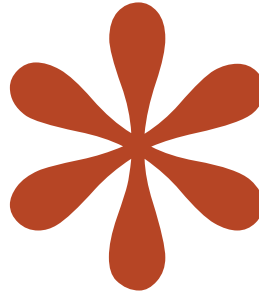
¿De dónde proviene este fuerte atractivo de los derechos humanos? Considero que cuenta con dos raíces. La primera de ellas contempla los derechos (y libertades) fundamentales como una expresión de una visión de humanidad que coloca los valores más profundos en el individuo que, en consecuencia, no pueden ser transgidos por nadie.

La otra raíz del fuerte atractivo de los derechos y parte de la justificación (aunque contramayoritaria) los contempla como un instrumento para la promoción del valor *per se* de poner límites al poder. Después de todo, las democracias modernas surgen también como un rechazo al absolutismo -y el absolutismo no es prerrogativa de reyes y emperadores.

Sentimientos generales animan al gran atractivo de fronteras fundamentales en sistemas no unitarios como los estados federales y la Unión Europea. Utilizo el término “fronteras fundamentales” como una metáfora del principio de poderes enumerados o competencias limitadas diseñadas para garantizar que, en ciertas áreas, las comunidades (más que los individuos) deberían ser libres de tomar sus propias decisiones sociales sin interferencia de niveles superiores. Si se quiere, si los derechos fundamentales tratan sobre la autonomía y la autodeterminación del individuo, las fronteras fundamentales versan sobre la autonomía y la autodeterminación de las comunidades. A primera vista, podría parecer que estos dos principios básicos no chocan en forma alguna. Parecería que podría haber una manera prolija y limpia de ubicar los derechos fundamentales y las fronteras fundamentales dentro de la arquitectura constitucional de Europa.

Por ejemplo, un grupo de normas e instituciones nacionales-constitucionales y/o transnacionales podría ocuparse de los derechos humanos asegurando que ninguna autoridad pública de ningún nivel del gobierno pueda violar la autonomía y la libertad básica del individuo. Otro conjunto de normas nacionales-constitucionales y/o transnacionales se ocuparía de las fronteras, asegurando que el ejercicio del gobierno transnacional no se inmiscuya en las elecciones sociales fundamentales, principalmente, de los Estados.

La adopción del CEDH por parte de los Estados miembros del Consejo de Europa es un reflejo de este prolijo arreglo: los Altas Partes Contratantes del Convenio retienen la totalidad de sus prerrogativas como estados soberanos. Las fronteras de los estados constituyen, en consecuencia, fronteras fundamentales *par excellence* que garantizan la total autonomía de sus respectivas sociedades nacionales. Esta única excepción auto-limitante concierne a los derechos humanos fundamentales centrales que tienen expresión en el CEDH que no puede ser transgredida por ninguna de estas sociedades. En consecuencia,



el universalismo de los derechos humanos y el particularismo de las fronteras fundamentales pueden descansar juntos, como el lobo y el cordero.

Podrán notar, sin embargo, que he utilizado el término “derechos fundamentales centrales” en la ilustración de este idilio. Este prolijo arreglo que puede decirse representado por el CEDH sólo puede funcionar en relación a un núcleo que da expresión a aquellos “derechos”, o a aquellos “niveles de protección”, que se consideran universales, trascendiendo cualquier legítima diferencia cultural o política entre las diferentes sociedades en, por lo menos, el universo de Europa. El CEDH toma sus premisas de este argumento.

Crítica y crucialmente, el CEDH no agota el espectro de los derechos humanos. Siguiendo su propia interpretación, mientras el CEDH provee un “estándar mínimo” de protección “debajo” del cual ningún Estado puede caer, los Altas Partes Contratantes son libres, tal vez alentadas, para ofrecer estándares “más elevados” de protección a los individuos. En realidad, parte de la unicidad de los Estados, parte de lo que los diferencia uno de otro, puede ser la forma misma en que otorgan protección más allá del estándar universal central.

En consecuencia, el compromiso y la aceptación de la CEDH como el centro universal, culturalmente trascendente de derechos humanos es, seguramente, una expresión de un aspecto muy importante de la cultura política de un Estado que lo reúne con otros Estados y sociedades. Cuando esto aparece sustentado por la sujeción a una maquinaria transnacional con capacidad de *enforcement*, el compromiso resulta aún más expresivo.

De todas formas, yo argumentaría que las diferencias de estas sociedades en la protección de los derechos humanos –dentro de la lista más larga que existe más allá del núcleo universal– no es un aspecto menor de la cultura política e identidad de las sociedades. Los derechos humanos constituyen, por ende, tanto una fuente como un índice para la diferenciación entre naciones, y no sólo para la asimilación entre ellas. No existe una conclusión dramática en esta consideración final. Simplemente intenta ser un sobrio recordatorio al momento de reflexionar sobre la importancia de los diversos instrumentos de derechos humanos. En el proceso de integración, los derechos humanos se vuelven el vehículo perfecto tanto para canalizar nuestra celebración y esperanzas, como nuestras dudas y miedos.

Notas

Para una discusión completa acerca de la necesidad y contenido de dicha política, ver Philip Alston y Joseph H.H. Weiler, “An ‘Ever Closer Union’ in Need of a Human Rights Policy: The European Union and Human Rights”, Harvard Jean Monnet Working Paper, n. 1, 1999 (www.law.harvard.edu/programs/JeanMonnet/).



