

LIBORIO L. HIERRO
(Coord.)

**AUTONOMÍA INDIVIDUAL
FRETE A AUTONOMÍA
COLECTIVA. DERECHOS
EN CONFLICTO**

CÁTEDRA DE ESTUDIOS IBEROAMERICANOS
JESÚS DE POLANCO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2014

ÍNDICE

	Pág.
PRESENTACIÓN, por Liborio L. Hierro	15
CAPÍTULO I. AUTONOMÍA Y DERECHOS HUMANOS: ¿PARA QUÉ SE INVENTARON LOS DERECHOS HUMANOS? por Liborio L. Hierro	27
I. Introducción: los derechos humanos como invento	27
II. Los dos soberanos: el príncipe y el ciudadano	30
III. En nombre de los derechos: el ciudadano contra el príncipe.....	32
1. Inglaterra y el <i>Bill of Rights</i>	33
2. América del Norte y la Declaración de Independencia	37
3. Francia y la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano	41
IV. El individuo, sus derechos y sus vínculos.....	47
Bibliografía	51
CAPÍTULO II. EL UMBRAL DE AUTONOMÍA. LA CONCEPCIÓN RELACIONAL Y LA CONSTRUCCIÓN DE LAS OPCIONES, por Silvina Álvarez.....	53
I. El concepto de autonomía.....	55
II. Las opciones relacionales	60
1. El contexto de relaciones.....	60
2. El contexto de género.....	64
3. La construcción relacional de las opciones de las mujeres	68

	Pág.
III. El umbral de autonomía y las opciones relacionales de las mujeres	72
Bibliografía	78
CAPÍTULO III. DERECHOS INDÍGENAS: RECONOCIMIENTO Y DESAFÍOS PARA LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL Y PARA LOS DERECHOS HUMANOS, por Neus Torbisco Casals	81
I. Indigenismo, pobreza y desigualdad: ¿qué modelo de desarrollo?	82
II. Pueblos indígenas: estatus, identidad y movimiento reivindicativo	89
III. Derechos indígenas: incorporación y desafíos.....	94
1. Derechos indígenas como derechos individuales	96
2. Derechos indígenas como derechos colectivos	101
IV. Los límites de los derechos colectivos indígenas: algunos dilemas persistentes.....	117
1. Derechos colectivos y el problema del pluralismo jurídico	118
2. La paradoja de la vulnerabilidad multicultural: el conflicto entre derechos individuales y derechos colectivos	122
Bibliografía	124
CAPÍTULO IV. NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO Y DERECHOS INDÍGENAS, por Roberto Gargarella	129
I. Una breve introducción.....	129
II. De la «cuestión social» a la «cuestión indígena». El hecho del sometimiento y la necesidad de ir más allá de las políticas «integradoras».....	130
III. Los derechos indígenas en las nuevas Constituciones ...	136
IV. Poder político concentrado y derechos indígenas expandidos	139
Bibliografía	142

	Pág.
CAPÍTULO V. DERECHOS DE LOS GRUPOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, por Jaime Gajardo Falcón	
Falcón	145
I. Introducción	145
II. Aspectos teóricos	147
III. Reconocimiento de los derechos de los grupos en el SIDH	152
1. Derechos de los grupos para la CIDH	153
2. Jurisprudencia de la Corte IDH	156
A) Propiedad indígena	156
B) Representación política: caso <i>Yatama c. Nicaragua</i>	160
3. Tensiones conceptuales y perspectivas de los derechos de los grupos en el SIDH	164
A) Tipos conceptuales	164
B) Características y tendencias	165
C) Tensiones y alcances	166
IV. Conclusiones	169
Bibliografía	170
CAPÍTULO VI. POLÍTICAS MIGRATORIAS SIN LIBERTAD DE CIRCULACIÓN. LA UE, EN GUERRA FRENTE A LA INMIGRACIÓN Y EL ASILO, por Javier de Lucas	
de Lucas	173
I. Introducción	173
II. Algunas razones que avalan que la libertad de circulación debe ser reconocida como derecho humano fundamental	176
III. Migreurop tiene razón: la UE está en guerra frente a la libertad de circulación	180
IV. Los CIE como emblema de la lógica de amurallamiento	181
V. La violación de obligaciones jurídicas elementales	186
VI. Coda. Hay alternativas: políticas y jurídicas	190
Bibliografía	191

	Pág.
CAPÍTULO VII. LÍMITES A LA LUCHA CONTRA LA INMIGRACIÓN IRREGULAR POR VÍA MARÍTIMA IMPUESTOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Algunas implicaciones para la política común de inmigración de la Unión Europea, por Carmen Pérez González	193
I. Cuestiones introductorias	194
II. Hacia un Derecho Internacional de las Migraciones: dificultades para su avance	197
III. Los límites a la expulsión de los extranjeros en situación administrativa irregular	200
IV. Antecedentes y avances en el diseño de una política común de la UE en materia de gestión integrada de la frontera marítima	204
1. Acerca de las lagunas del sistema	205
2. La sentencia del TEDH dictada en el asunto <i>Hirsi Jamaa y otros c. Italia</i>	211
V. Algunas conclusiones.....	214
Bibliografía	216
 CAPÍTULO VIII. LA CRIMINALIZACIÓN DE LA MIGRACIÓN ILEGAL EN ESTADOS UNIDOS: EL CASO DE LA LEY DE ARIZONA (SB 1070) Y SU PARCIAL INCONSTITUCIONALIDAD, por Analia Vogel.....	 219
I. El fenómeno de la inmigración ilegal en Estados Unidos	219
II. La criminalización de la migración.....	223
III. Surgimiento de la Ley SB 1070.....	227
IV. El fallo del Tribunal Supremo y la parcial inconstitucionalidad de la ley	236
V. Consecuencias políticas: ¿quién gana qué después del fallo?	243
VI. Implicaciones de la Ley de Arizona sobre los derechos humanos	246
VII. Reflexiones finales	250
Bibliografía	253

	Pág.
CAPÍTULO IX. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS FRENTE A TRANSPARENCIA COLECTIVA. Análisis desde la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por Daniel Quesada Monge.....	257
I. Introducción: ¿son irreconciliables los dos bienes jurídicamente protegidos de transparencia y privacidad?...	257
II. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre transparencia y derecho a la protección de datos	261
1. Caso <i>Bavarian Lager c. Comisión</i>	261
A) Cuadro fáctico.....	261
B) Fundamentos jurídicos y solución del Tribunal	263
2. Caso <i>Völker und Markus Schecke GbR y Hartmunt Eifert c. Land Hessen</i>	267
A) Cuadro fáctico.....	267
B) Fundamentos jurídicos y solución del Tribunal	271
III. Conclusiones: la ponderación como instrumento jurídico clave	276
Bibliografía	283
Alumnos graduados en la segunda promoción del Máster en Gobernanza y Derechos Humanos (2012).....	287
Instituciones colaboradoras con el prácticum del Máster en Gobernanza y Derechos Humanos.....	289

PRESENTACIÓN

I. La iniciativa de publicar este libro se debe a la dirección del Máster en Gobernanza y Derechos Humanos que se imparte en la Universidad Autónoma de Madrid y, en particular, a su director, el profesor Antonio ROVIRA. Fue él quien me encomendó coordinar el núm. 2 de esta nueva colección, que lleva el mismo nombre que el Máster, y fue él quien me sugirió que procurase cierta unidad temática. No fue difícil conseguirlo.

Las dos mesas redondas que, en la tercera edición del Máster, habíamos organizado la profesora Silvina ÁLVAREZ y yo mismo para el Módulo II —el que se ocupa de la teoría general de los derechos humanos, que ella coordina— tenían una íntima relación. Versaba la primera sobre los derechos de los grupos, con particular referencia a los derechos de los pueblos indígenas, y participaron en ella tres reconocidos especialistas en la cuestión: Neus TORBISCO, profesora de la Universidad Pompeu Fabra; Roberto GARGARELLA, investigador del CONICET (Argentina) y del CMI (Noruega), y Luis RODRÍGUEZ ABASCAL, profesor de la Universidad Autónoma de Madrid. La segunda mesa redonda trató sobre inmigración y participaron en ella otros dos reconocidos especialistas en el tema: Carmen PÉREZ, profesora de la Universidad Carlos III de Madrid, y Javier DE LUCAS, profesor de la Universidad de Valencia. No era difícil, como enseguida trataré de explicar, establecer un lazo entre ambos temas pues en ambos se pone de manifiesto, de diferentes formas, una tensión entre la autonomía individual y la autonomía colectiva.

Es también una intención explícita de la dirección del Máster que se publiquen en los libros integrantes de esta colección,

siempre que ello sea posible, los mejores de entre los trabajos de investigación que sus alumnos han de realizar para completar el programa establecido. Debo reconocer que, en esta ocasión, tampoco ha resultado difícil satisfacer tal propósito. Entre los trabajos que obtuvieron las calificaciones más altas se incluían tres que, por su temática, se integraban perfectamente en el marco delimitado por aquellas mesas redondas. Se trata del trabajo de Jaime GAJARDO sobre los derechos de los grupos indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos, obviamente a incluir junto a los de la primera mesa, y del trabajo de Analia VOGEL sobre la ley de Arizona contra la migración ilegal, que naturalmente se integra con los de la segunda mesa. Al tercero me referiré a continuación.

Se añaden para formar este libro tres trabajos más que completan otros aspectos del mismo problema. Se debe el primero de ellos a la profesora de la Universidad Autónoma de Madrid Silvina ÁLVAREZ, que ya he mencionado como coordinadora de uno de los Módulos del Máster, y trata sobre los aspectos de la autonomía individual que la secular y persistente discriminación de las mujeres por razón de género ha puesto de relieve y, al hacerlo, ha obligado a refinar el concepto de autonomía personal. El segundo de estos trabajos se debe a otro de los alumnos del Máster, Daniel QUESADA, y versa sobre un aspecto distinto de la contraposición entre autonomía individual y autonomía colectiva; no se refiere, en efecto, a la contraposición individuo-grupo sino a la contraposición entre el derecho de las personas individuales a la intimidad y el derecho, también de las personas individuales, a la transparencia de las administraciones públicas. El tercero es un trabajo mío, que tras algunas dudas he colocado como capítulo primero, en el que trato de demostrar, sobre la base de datos históricos bien conocidos, que la tensión autonomía individual-autonomía colectiva, que en este libro tratamos de estudiar, es una tensión latente en la teoría y en la práctica de los derechos humanos desde el momento mismo de su invención, pero claramente resuelta a favor de la autonomía individual.

II. El primer capítulo trata, pues, del invento de los derechos humanos y de su objetivo. Sostengo en él que los derechos humanos se inventaron para proteger un ámbito de soberanía individual frente al poder físico o normativo de otros. Sostengo también —principalmente respondiendo a las críticas comunita-

ristas— que ese propósito originario es mucho menos individualista y mucho menos abstracto de lo que esas críticas afirman. Mostraré cómo desde los primeros teóricos de la soberanía, BODINO y HOBBS, está presente, necesariamente presente, la idea de la soberanía del individuo sobre sí mismo como el polo opuesto a la soberanía del príncipe. Un breve recorrido histórico tratará de demostrar que, frente al derecho divino de los reyes como legitimación del poder absoluto en su forma monárquica, se despliegan los derechos humanos como legitimación de la rebelión del individuo contra ese poder absoluto, y cómo de esa rebelión resulta triunfador el individuo, el ciudadano, cuyos derechos se convierten no sólo en límites del poder político, sino en el fundamento de su autoridad y en el objetivo de sus competencias.

Aunque la autonomía individual requiere, en diversas formas, la mediación de las comunidades o grupos en los que el individuo se integra y en los que desarrolla esa propia autonomía, una tensión entre autonomía individual y autonomía colectiva sólo aparece cuando se atribuyen derechos colectivos a un grupo humano, para garantizar su supervivencia como tal grupo, su identidad colectiva o su autonomía como colectivo y esos derechos se pretenden superponer o se pretenden intercambiar en condiciones de igualdad con los derechos humanos de sus miembros. El objetivo principal de este primer capítulo es dibujar el marco en que esas tensiones se debaten, en varios aspectos y bajo varias perspectivas, en los capítulos posteriores de este libro. No renuncio, sin embargo, a dejar explícito cuál es mi propio punto de vista que, naturalmente, los demás autores no tienen por qué compartir o no en los mismos términos. Ese punto de vista, es, sencillamente, que los derechos humanos se inventaron para proteger y promocionar la autonomía y la libertad de las personas como agentes morales individuales.

III. El segundo capítulo es el de Silvina ÁLVAREZ sobre la concepción relacional de la autonomía. Lo he situado en ese segundo lugar porque es el de un contenido más general y, si se quiere, más filosófico que los siguientes. Se trata —dice su autora— de «recuperar un elemento central del concepto que ha sido extensamente desarrollado en la literatura feminista». Consiste ese elemento en el conjunto de opciones u oportunidades que una persona ha de tener disponibles, y que ha de ser capaz de reconocer como tales opciones legítimas a su alcance, para que

podamos afirmar que es autónoma. De este modo el concepto de autonomía incluye tres condiciones: la primera, de carácter interno, es la racionalidad; la segunda, que ofrece una dimensión interna y una dimensión externa, es la independencia; la tercera, de carácter externo, es la de las opciones irrelevantes. Este tercer elemento o condición de la autonomía es el que se desarrolla, a partir de la literatura feminista, para subrayar la dependencia que las opciones tienen del contexto de relaciones del sujeto y, consecuentemente, de las peculiares restricciones que el contexto de género ofrece a la autonomía de la mujer; básicamente por la estructura patriarcal y los estereotipos de género que en ella se constituyen. La autonomía requiere no sólo que existan ocasiones u oportunidades de acción sino que el sujeto pueda reconocerlas y convertirlas en opciones a su alcance y que estas opciones sean relevantes en su contexto de relaciones.

Aun cuando la concepción relacional de la autonomía, que reconstruye en este capítulo Silvina ÁLVAREZ, se haya generado principalmente en el seno de la teoría feminista como una profundización teórica en favor de los derechos de las mujeres, el resultado implica una concepción sustancial de la autonomía personal que nos favorece a todos, es decir implica algo que —si se me permite parafrasear lo que yo mismo he dicho algunas veces en relación con lo que los adultos debemos agradecer a la reivindicación y el reconocimiento de los derechos de los niños— los varones debemos agradecer a la reivindicación y el reconocimiento de los derechos de las mujeres.

IV. Tanto las comunidades indígenas como los grupos de inmigrantes constituyen, con la mayor frecuencia, grupos minoritarios de personas con rasgos étnicos y culturales distintos a los de la mayoría de la sociedad en que se incardinan. Esas diferencias, con la misma frecuencia, les sitúan en posiciones de marginación, cuando no de abierta explotación. Esos grupos se han incorporado a la lucha por los derechos humanos reclamando el respeto por sus peculiaridades culturales y por su integridad colectiva. Aunque resulte paradójico, ello ha supuesto, unas veces, reclamar el derecho a la igualdad de las personas miembros de estas minorías con las personas miembros de las mayorías tanto en el aspecto formal de la igualdad ante la ley como en el aspecto material de la igualdad de oportunidades y/o de bienestar, como ha supuesto, otras veces, reclamar el derecho a la diferencia, el derecho a

que los rasgos étnicos y culturales específicos no se disuelvan en la integración con las mayorías. Esta paradoja sería sólo aparente si todo tipo de organización social (sociedad, comunidad, tribu, familia o lo que fuere) y todo tipo de cultura (mágica, politeísta, monoteísta, laica o lo que fuere) fuese coherente con lo que consideramos derechos humanos individuales tal y como se proclamaron en las revoluciones burguesas occidentales —abriendo lo que nuestra historiografía occidental ha llamado «Edad Contemporánea»— y, tras diversos avatares, encontró una acogida mucho más global en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Obviamente la realidad no es así y una gran parte de las formas de organización social y sus correspondientes expresiones culturales menosprecian, cuando no desconocen abiertamente, valores como la igualdad entre las personas humanas sin distinción de género, raza, nacionalidad o condición social, o la libertad de cada persona individual para forjar su propio plan de vida, o la legitimación de la autoridad política en el consentimiento de los gobernados, etc. En la medida en que esto es así, la paradoja deviene en auténtico dilema. En uno de los cuernos del dilema está la persona individual como agente moral que pretende ser el titular de los derechos morales necesarios para su desarrollo como persona; en el otro cuerno se encuentra el grupo como pretendida entidad moral sin la que el individuo carece de identidad propia y que, por ello, también se alza con la pretensión de ser titular de los derechos morales necesarios para su desarrollo como grupo. Este dilema está encarnado en las últimas décadas por dos grandes concepciones políticas, el liberalismo y el comunitarismo pero, más allá de ese debate teórico, se proyecta día tras día en conflictos, textos normativos, decisiones jurisdiccionales, acuerdos y desacuerdos.

V. Tomando como punto de partida la Declaración de la Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Neus TORBISCO constata, en el tercer capítulo, la «insuficiencia de una estrategia de desarrollo y de lucha contra la desigualdad de estos pueblos centrada, casi exclusivamente, en el fomento de la integración económica» y cómo, frente a esa insuficiencia, se ha alzado el movimiento indigenista ubicando, por una parte, el factor identitario en el centro de su reivindicación, convirtiendo así la identidad étnica o cultural en una identidad política, y ubicando, por otra parte, los derechos colectivos en el discurso de los

derechos humanos, dotando así a sus reivindicaciones históricas de una legitimidad moral. Distingue la autora, a continuación, la dimensión de los derechos indígenas como derechos individuales, lo que no suscita particulares problemas conceptuales aunque sí suscite problemas políticos y sociales de difícil solución, y la dimensión de los derechos indígenas como derechos colectivos. Frente a las objeciones que la teoría liberal-igualitarista de los derechos humanos opone al concepto de derechos colectivos, la autora defiende que «un grupo es algo más que un mero agregado de individuos» y desvela las trampas que oculta la supuesta neutralidad del Estado liberal ante los grupos etnoculturales y el carácter ficticio que tiene el principio político de la nacionalidad que se ha hecho constitutivo de los Estados, tanto liberales como no liberales. Ese enfoque desde los derechos colectivos de los grupos etnoculturales ha de fundamentar un modelo de Estado multicultural, pero la autora reconoce que la defensa de ese modelo, que ella misma asume, ha de afrontar dos grandes dilemas: el primero es el del pluralismo jurídico, que parece suponer un retorno al orden premoderno y suscitar problemas de estabilidad; el segundo es el del conflicto entre derechos individuales y derechos colectivos que o bien se resuelve dotando al estado de autoridad para proteger los derechos del individuo frente al grupo, con el riesgo de recaer en un paternalismo contrario a los derechos del grupo, o bien se resuelve limitando la autoridad del Estado a garantizar que el individuo tenga el derecho de salir del grupo. En cualquier caso, una u otra de estas soluciones ha de ser —concluye la autora— un último recurso tras la promoción de la participación y la deliberación dentro de los grupos y entre los grupos.

VI. En el capítulo cuarto Roberto GARGARELLA expone la incorporación de los derechos indígenas a las constituciones latinoamericanas durante las dos últimas décadas. Si la «cuestión social» caracterizó el constitucionalismo de fusión y dio lugar a la incorporación de los derechos sociales a las constituciones, la «cuestión indígena» da ahora lugar a lo que el autor denomina constitucionalismo de mezcla que supone la incorporación de los derechos de los pueblos indígenas. A pesar de las dificultades teóricas y políticas que ofrecía, para la tradición constitucionalista, la doble peculiaridad de los derechos indígenas, su carácter especial y su carácter grupal, la experiencia iniciada en Nicaragua en

1987 se continúa en Brasil en 1988, Colombia (1991), Paraguay (1992), Argentina y Bolivia (1994), Ecuador (1996 y 1998), Venezuela (1999) y México (2001). La Declaración de las Naciones Unidas de 2007 dio a este proceso un nuevo impulso que se manifestó en las nuevas constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009). El autor da cuenta de todo ello y de las primeras tensiones generadas entre esa expansión de los derechos indígenas y la permanencia de un poder político concentrado en el Estado. Concluye que cabe denominar «constituciones de mezcla» a este nuevo tipo de constituciones que «asumen compromisos morales, políticos y/o jurídicos contradictorios, radicalizando tensiones internas» lo cual, sin embargo, no desmerece lo que este fenómeno está significando para dar visibilidad a los grupos indígenas «tradicionalmente ignorados o agredidos», para restituirles lo que era suyo y para reforzar su identidad como grupo.

VII. Jaime GAJARDO, en el capítulo quinto, parte de unos presupuestos teóricos similares a los de Neus TORBISCO conforme a los cuales «los derechos de los grupos como derechos fundamentales se justifican por la relevancia moral intrínseca de la pertenencia cultural». Su análisis posterior está, sin embargo, centrado en el desarrollo que ha tenido el reconocimiento de los derechos de los grupos en el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos (SIDH) lo que —como él señala— se centra básicamente en los derechos de los pueblos indígenas. Los derechos de grupo a los que su análisis se refiere son dos: la propiedad colectiva y la representación política. Si bien los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reconocen el derecho de propiedad colectiva indígena sobre los territorios que han ocupado históricamente, derecho que la Comisión considera que no implica ninguna contradicción con su dimensión individual, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha profundizado su dimensión admitiendo que se trata de un tipo de propiedad que incluye una dimensión espiritual y cultural y, por tanto, una incidencia directa en la integridad del grupo y en el derecho a la vida de sus miembros. En cuanto a la representación política el análisis se centra en la sentencia del caso *Yatama c. Nicaragua*, en que la Corte asumió que el derecho de participación política incluye, en contextos multiculturales, la participación efectiva de los grupos étnicos implicados. El autor traza un balance final de las tendencias que se ponen de relieve

en los informes de la Comisión y en las sentencias de la Corte en favor del reconocimiento de derechos colectivos de los grupos indígenas y de las tensiones que, eventualmente, se pueden abrir entre estos derechos y los derechos individuales. La propiedad colectiva, por ejemplo, puede suponer la consolidación de una discriminación contra las mujeres indígenas. El autor señala la ausencia todavía de casos en que estas tensiones se hayan puesto de manifiesto pero advierte de la complejidad que estas cuestiones conllevan y concluye que «los derechos de grupo en contextos multiculturales [...] no sustituyen o anulan los derechos individuales, sino que los complementan».

VIII. Con el trabajo de Javier DE LUCAS se inician los tres capítulos dedicados a la inmigración. En el primero de ellos —nuestro capítulo sexto— el autor aborda bajo un punto de vista severamente crítico las políticas migratorias de la Unión Europea en cuanto ha demorado el establecimiento de una política común en materia de inmigración y asilo y, sin embargo, ha puesto en vigor una normativa que establece un Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras «que a duras penas oculta su verdadera función de control cuasi militar de la inmigración irregular». Sostiene el autor a continuación que la libertad de circulación debe ser reconocida como un derecho humano fundamental y aporta una serie de razones que abonan la consideración de este derecho como una exigencia de la autonomía personal y su configuración en cuatro dimensiones: el derecho a no emigrar forzosamente, el derecho a emigrar, el derecho a inmigrar y el derecho a establecerse en condiciones de igualdad con los nacionales. La Unión Europea —afirma el autor— no sólo desconoce ese derecho sino que ha adoptado una política prácticamente bélica contra la inmigración irregular como se manifiesta en el análisis de los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE) que la organización Migreurop ha llevado a cabo y en la llamada Directiva de la Vergüenza (la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular). El autor analiza la situación, con especial referencia a España, y las violaciones de obligaciones jurídicas internacionales que se están cometiendo, principalmente en relación con el Derecho del mar y con la frecuente reducción a la categoría de inmigrantes

de personas que realmente son refugiados. Termina el capítulo apuntando pistas para superar esta situación e incluyendo una llamada a la responsabilidad de los ciudadanos.

IX. El trabajo de Carmen PÉREZ, en el séptimo capítulo, aborda el mismo problema pero desde el punto de vista del Derecho internacional y, en concreto, de un sector *in status nascendi*, dice la autora, que sería el Derecho internacional de las migraciones. Se parte de constatar un generalizado consenso sobre la competencia de los Estados para regular la admisión y expulsión de extranjeros, lo que constituiría actualmente un principio del Derecho internacional. Lo que la autora se propone es analizar las restricciones que ese naciente Derecho internacional de las migraciones impone sobre aquella competencia estatal, obligaciones que nacen del Derecho internacional de los derechos humanos, y que afectan tanto a la capacidad para decidir sobre la presencia de extranjeros como al trato que se les ha de dispensar. Tras señalar la dificultad que encuentra el desarrollo de ese nuevo sector, se analizan los límites que el Derecho internacional impone a la lucha contra la inmigración irregular por vía marítima, tomando como «caso de estudio» las medidas adoptadas en este aspecto por la Unión Europea y, en concreto, la actividad de su agencia FRONTEX. El primer incumplimiento de esos límites se produce cuando, para evitar la llegada de inmigrantes irregulares, se impide la salida de quienes podrían ser acreedores de protección internacional (refugio, asilo). Un segundo incumplimiento, con muchas eventuales ramificaciones, se deriva de la indeterminación del Estado responsable de asumir el desembarco de las personas rescatadas en el mar. La sentencia del TEDH en el asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, que estimó la demanda de once somalíes y trece eritreos asimilando su retorno forzoso a una expulsión colectiva, tiene como consecuencia más importante la de requerir un procedimiento de identificación que permita, en esos supuestos, garantizar si las personas afectadas son o no son acreedoras a la protección que las normas internacionales sobre derechos humanos les reconocen. Concluye el capítulo admitiendo que, aun cuando el Derecho internacional no reconozca todavía el derecho individual a migrar, los Estados occidentales, y en particular los miembros de la Unión Europea, deberían abandonar el enfoque obsesivo por la seguridad interior y habrían de asumir la protección de los derechos humanos

de los migrantes en tanto se va conformando en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos un derecho individual a migrar.

X. Si el capítulo anterior tomaba como «caso de estudio» la actividad de la agencia europea FRONTEX en el control de la inmigración irregular por vía marítima, el capítulo de Analia VOGEL —el capítulo octavo— toma como caso de estudio la Ley SB 1070/2010 del estado de Arizona. Arizona —estado limítrofe con México y, por tanto, situado en «el principal corredor migratorio en el mundo»— aprobó en 2010 una Ley que criminaliza a todo residente ilegal en el estado. Como señala la autora, ello implicaba un doble conflicto, un conflicto de competencias entre la autoridad estatal y la autoridad federal y un conflicto ideológico entre republicanos y demócratas. Los atentados del 11-S generaron un contexto favorable a las teorías que consideran la migración como una amenaza y es en ese contexto en el que se aprueba la polémica Ley. El capítulo relata los puntos más conflictivos que suscitó la Ley y que una jueza federal bloqueó cautelarmente hasta que, tras diversas incidencias, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos dictó sentencia en el caso *Arizona et al. v. United States* el 25 de junio de 2012. La autora expone los aspectos técnicos de esta reciente sentencia, particularmente sobre el aspecto competencial, y cómo, a pesar de asumir que la competencia en materia de migración corresponde al gobierno federal y que el Derecho federal está jerárquicamente por encima del estatal en virtud de la cláusula de supremacía, la cuestión queda abierta al admitir la sentencia una cierta competencia de los estados so pretexto de la colaboración que los estados deben prestar a la policía federal. Concluye su análisis la autora constatando que «el gobierno federal no ha salido victorioso» al quedar convalidados los aspectos más polémicos de la ley que eran los referidos a las competencias de la policía estatal, y cierra el capítulo con un análisis desde el punto de vista de los derechos humanos, poniendo de relieve que, respecto a las migraciones, «hay una lucha constante entre soberanía y derechos humanos» en la que las políticas de seguridad terminan por tratar al migrante como «un objeto al que hay que castigar sólo por su condición de ilegal», reclamando una reforma en la política migratoria de los Estados Unidos.

XI. El trabajo de Daniel QUESADA, que constituye el capítulo noveno y último, trata —como ya indiqué al principio— de

un aspecto completamente distinto pero también relativo a las relaciones entre autonomía individual y autonomía colectiva. Estriba en el conflicto que se suscita entre la cada vez más exigida y exigible transparencia de las administraciones públicas y el derecho individual a la protección de la privacidad. Como el autor indica al principio del capítulo la transparencia es necesaria para «dar contenido operativo al control democrático» pues, como recuerda citando a Alan F. WESTIN, la democracia, inversamente al totalitarismo, se caracteriza por la transparencia de las instituciones y su control público y por la protección de la privacidad de los ciudadanos. El autor estudia ese conflicto a través de dos casos planteados ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El primero —el caso *Bavarian Lager c. Comisión*— trataba sobre la pretensión de la empresa expedientada de conocer la identidad de los participantes en una reunión convocada por la Comisión Europea a raíz de la denuncia inicial. La Comisión había denegado los datos y el Tribunal de Primera Instancia estimó incorrecta esa negativa. El Tribunal General, sin embargo, dio la razón a la Comisión considerando que el Derecho general de acceso a los documentos de la instituciones europeas admite excepciones fijadas por los Reglamentos para proteger datos de carácter personal, como ocurría en este caso. El segundo caso analizado es el asunto *Volker und Markus Schecke GbR y Hartmut Eifert c. Land Hessen* en el que los demandantes pretendían que no se hicieran públicos los datos facilitados para obtener ayudas del FEAGA para sus actividades agrícolas. Se trataba de una cuestión prejudicial planteada por un tribunal administrativo alemán y el Tribunal de Justicia, en este caso, se pronuncia también a favor de la protección de datos considerando que el principio de transparencia no puede primar, sin ponderación, sobre los derechos fundamentales. El autor subraya cómo, en ambos casos, las sentencias han recurrido a la ponderación como método que ha de utilizarse para, en cada caso, conceder preferencia a un principio o al otro, cuando entran en conflicto, pues ninguno de ellos tiene un carácter absoluto.

XII. Son muy diversos los problemas que se abordan en este libro y prácticamente todos ellos son problemas complejos cuyas soluciones, desde el punto de vista jurídico, desde el punto de vista político o desde el punto de vista moral, resultan discutibles. Pero en todos ellos se manifiesta esa tensión no resuelta entre la auto-

nomía individual y la autonomía colectiva, entre los derechos del individuo y la soberanía del Estado, entre unos derechos que se conciben y proclaman como universales pero cuya satisfacción y protección queda en gran parte circunscrita al ámbito particular de la ciudadanía. Estas tensiones están hoy día, en plena explosión de la globalización y en plena crisis del sistema westfaliano de Estados soberanos, determinando en gran medida la agenda filosófica y la agenda política.

Espero y deseo que este libro sea un instrumento más a favor de la reflexión y el diálogo, y que contribuya a seguir desarrollando el ideal ilustrado de que son las personas, todas las personas humanas por igual, los titulares de ciertos derechos morales fundamentales y que los gobiernos —entendiendo ahora como tales las formas políticas de cualquier nivel institucional— se han instituido entre los hombres sólo para garantizar esos derechos y que derivan sus poderes legítimos sólo del consentimiento de los gobernados.

Sólo me resta añadir un sincero agradecimiento a la dirección del Máster en Gobernanza y Derechos Humanos que se imparte en la Universidad Autónoma de Madrid, que me encomendó esta edición, y a los ocho autores que generosamente han contribuido de forma eficaz y brillante a que este libro sea posible y al profesor Héctor Romero, secretario de redacción de esta colección, por su imprescindible y competente ayuda en las labores de edición.

Liborio L. HIERRO
Universidad Autónoma de Madrid
Cantoblanco
31 de enero de 2014

CAPÍTULO I

AUTONOMÍA Y DERECHOS HUMANOS: ¿PARA QUÉ SE INVENTARON LOS DERECHOS HUMANOS?

Liborio L. HIERRO

**Catedrático de Filosofía del Derecho,
Universidad Autónoma de Madrid**

I. INTRODUCCIÓN: LOS DERECHOS HUMANOS COMO INVENTO

Es fácil comprender que para un cognoscitivista los derechos humanos, como los valores de seguridad, libertad e igualdad en que ellos se fundamentan, son algo que existía en la naturaleza humana o en un mundo moral externo a nosotros y que, de algún modo, los seres humanos descubrieron más o menos en torno al siglo XVIII; los derechos humanos fueron un descubrimiento. Para un no-cognoscitivista, por el contrario, los derechos humanos, como los valores en que se fundamentan, son una construcción humana sin referencia inmediata en un mundo moral externo. Esta construcción se ha producido paulatinamente en nuestra historia cultural y política, encontró una formulación brillante y eficaz a finales del siglo XVIII y, hoy por hoy, ha florecido extensamente, en el pensamiento y en las instituciones, porque tenemos buenas razones para sustentarla; los derechos humanos, bajo este punto de vista, fueron un invento¹.

¹ L. W. SUMNER contrapone, en este sentido, el modelo constructivista con el modelo realista como fundamentaciones alternativas de los derechos huma-

No sé si es fruto de la casualidad o de un inconscientemente deliberado propósito, pero el último trabajo que he publicado sobre los derechos humanos terminaba sosteniendo, textualmente, que los derechos humanos se inventaron para proteger un ámbito de soberanía individual frente al poder físico o normativo de otros. Los derechos humanos —digo allí— vinieron a dar la mejor respuesta que conocemos a la definición estoica de la justicia como voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo suyo. ¿Qué es lo suyo de cada uno?, era la pregunta. Sus derechos naturales, fue la respuesta. Una teoría de los derechos humanos es una teoría del orden justo, una teoría de la justicia. Un orden político-jurídico es justo si y sólo si nace para proteger y satisfacer los derechos morales básicos de los individuos sujetos a él y fundamenta su autoridad coercitiva en el ejercicio de esos mismos derechos por los individuos, esto es: en su participación y en su consentimiento. Pero esto es todo: los derechos humanos constituyen, por lo tanto, el contenido de una teoría de la justicia, una teoría que no es moralmente neutra porque implica una determinada concepción de las personas como agentes morales, libres e iguales, pero no constituyen una teoría moral completa; hay multitud de dimensiones del bien que la teoría de los derechos ni abarca ni pretende abarcar.

Esta es una tesis muy convencional y que enseguida puede ser tildada de individualista. Mi propósito ahora, en estas páginas, es doble. De un lado estriba en confirmar, con un breve repaso histórico, que esta tesis es correcta, esto es: que los derechos humanos se inventaron para proteger un ámbito de soberanía individual frente al poder físico o normativo de otros. De otro lado estriba en demostrar que —frente a la también convencional crítica comunitarista, que tacha a ese individualismo moral de una abstracción que vacía al individuo de identidad real— la tesis es, desde sus propios orígenes históricos, mucho menos individualista, mucho menos abstracta y mucho menos vacía de contenidos identitarios de lo que aquella crítica pretende ². Para sustentar

nos, en *The Moral Foundation of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1989, pp. 107-108. En 2009 se publicó la traducción española del libro de L. HUNT titulado *La invención de los derechos humanos* (Barcelona, Tusquets), en que reconstruye el contexto cultural de las declaraciones del siglo XVIII para explicar cómo la idea de los derechos humanos se hizo «evidente» en aquel contexto.

² La concepción inicial de los derechos a fines del siglo XVIII, más que pecar —digamos, por exceso— de un universalismo abstracto, pecaba de un pseudo-

ambas afirmaciones empezaré por recordar que la idea de la soberanía como propiedad del Estado moderno nació acompañada —quizás a pesar suyo— de la idea de la soberanía del individuo sobre sí mismo, es decir: de la autonomía y libertad del individuo. Algo que, aunque no se recuerde con frecuencia, está explícito en BODINO y en HOBBS que suelen ser considerados los grandes teóricos de la soberanía del Estado. Para reforzar ideológicamente el poder absoluto del soberano bajo la forma monárquica del Estado se inventaron el derecho divino de los reyes; para reforzar ideológicamente la soberanía del individuo frente a ese poder absoluto, personalizado y despótico, se inventaron los derechos naturales del hombre. En nombre de esos derechos del individuo se acabó con el absolutismo y se abrió paso a la democracia como forma del Estado. Continuaré, por eso, presentando en un breve resumen lo que cabe considerar la primera fase en la reciente historia de los derechos humanos, su fase declarativa. Concluiré que estos datos confirman que los derechos humanos se inventaron para proteger al individuo humano, a la persona, y confirman también que sus inventores no tenían en mente un individuo sin identidad, sino precisamente las personas humanas concretas, cargadas con su origen social, su género, su raza, su nacionalidad, sus necesidades, sus aspiraciones y su firme propósito de —gozando y ejerciendo aquellos derechos naturales— buscar su propia felicidad personal y la felicidad común. Tenían en mente su identidad concreta incluso para excluir a algunos sujetos —los esclavos— de todos los derechos y a otros sujetos —mujeres, niños, obreros...— de ciertos derechos y, por eso, la historia de los derechos humanos es, en buena parte, la lucha por la extensión del sujeto, por la universalización de los derechos.

universalismo —digamos, por defecto— ya que afirmando que los derechos eran universales implícitamente los negaba a un amplio número de individuos humanos a los que se suponía falta de capacidad para razonar o de independencia para decidir. Como afirma L. HUNT: «No nos sorprende que considerasen a los niños, los locos, los presos o los extranjeros como incapaces o indignos de participar plenamente en el proceso político, porque nosotros hacemos lo mismo. Pero también excluyeron a quienes no tenían propiedades, a los esclavos, a los negros libres, a las minorías religiosas, en algunos casos y, siempre y en todas partes, a las mujeres» (*La invención, op. cit.*, p. 16).