

NARCISO LEANDRO XAVIER BÁEZ  
GERSON LUIS CARLOS BRANCO  
MARCELO PORCIUNCULA  
(Coords.)

**PROBLEMÁTICA DE LOS DERECHOS  
HUMANOS FUNDAMENTALES  
EN AMÉRICA LATINA Y EUROPA  
DESAFÍOS MATERIALES Y DE EFICACIA**

Marcial Pons

BUENOS AIRES | MADRID | BARCELONA | SÃO PAULO

2012

## ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN, por Martonio Mont'Alverne Barreto Lima .....	13
PREFACIO, por Jordi Ferrer Beltrán.....	17

### PRIMERA PARTE

#### **TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES Y SU TRANSNACIONALIDAD**

EXPANSIÓN MULTICULTURAL DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES Y FORMACIÓN DE UNA CONCIENCIA UNIVERSAL, por Narciso Leandro Xavier Báez.....	23
1. Introducción .....	23
2. Los primeros movimientos de expansión de los valores humanos .....	25
3. Valores Morales Humanitarios y Resistencia Cultural.....	30
4. Movimientos Históricos de Expansión Compulsoria de Valores Morales Humanitarios y Surgimiento de las Primeras Resistencias Culturales a ese Proceso .....	36
5. Consideraciones finales .....	71
6. Referencias bibliográficas .....	72
LA <i>POLIS</i> DESAFIADA: DERECHOS HUMANOS, DEMOCRACIA..., por Ángel R. Oquendo.....	79
Bibliografía.....	108
VERSIÓN ACTUAL DE DIGNIDAD DE LA PERSONA: UN NUEVO PARADIGMA PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN ÉPOCA DE CRISIS, por María Méndez Rocasolano.....	111
1. Introducción .....	111
2. Elementos útiles de un legado histórico .....	112
3. La dignidad en el mundo deshumanizado y en crisis de comienzos del siglo XXI .....	115

	Pág.
4. Un paso al frente: la dignidad de la humanidad.....	117
5. Conclusiones: dignidad y felicidad. Fundamentos de los Derechos de la humanidad.....	118
6. Bibliografía .....	120
<b>LOS DERECHOS EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA, por Antonia Navas Castillo y Florentina Navas Castillo.....</b>	<b>123</b>
1. La Unión Europea .....	123
2. Los derechos y libertades en los tratados constitutivos .....	129
3. El Tribunal de Justicia y los derechos fundamentales .....	130
4. Los derechos fundamentales en el derecho originario.....	132
<b>JUSTICIA RESTAURATIVA: NACIMIENTO DE UNA ERA, por César Barros Leal.....</b>	<b>143</b>
1. Introducción .....	143
2. Justicia Restaurativa: un Nuevo Paradigma .....	146
3. Teoría Conceptual sobre Justicia Restaurativa .....	156
4. Consideraciones finales.....	159
<b>TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS Y LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, por Vladmir Oliveira da Silveira y Samantha Ribeiro Meyer-Pflug .....</b>	<b>167</b>
1. Introducción .....	167
2. Derechos humanos y Brasil en las relaciones internacionales .....	169
3. Los tratados de derechos humanos en Brasil hasta la EC núm. 45/04...	171
4. Los tratados de derechos humanos después de la EC núm. 45/04 .....	173
5. Conclusión .....	179
6. Bibliografía .....	179
<b>PRESUPUESTOS DE LA FILOSOFÍA INTERCULTURAL Y TEORÍA CRÍTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, por Paulo Hahn.....</b>	<b>181</b>
1. Introducción .....	181
2. Presupuestos de la filosofía intercultural en la era de la diversidad de los derechos humanos.....	183
3. ¿Tienen los derechos fundamentales la exigencia epistemológica-jurídico-política de una teoría crítica?.....	185
4. Consideraciones finales.....	190
5. Bibliografía .....	190
<b>SEGUNDA PARTE</b>	
<b>DIMENSIONES MATERIALES Y EFICACES DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES CIVILES</b>	
<b>AUTONOMÍA PRIVADA Y VOLUNTAD: CONSIDERACIONES HISTÓRICAS SOBRE LA FORMACIÓN DE LOS MOTIVOS EN EL CÓDIGO CIVIL BRASILEÑO, por Gerson Luiz Carlos Branco.....</b>	<b>195</b>
1. Introducción .....	195
2. Los motivos como determinantes para definición de los intereses del acreedor.....	197

	Pág.
3. De la relevancia de los motivos para el plano de la validez .....	201
4. Conclusión .....	205
5. Bibliografía .....	206
<b>SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN, DIGNIDAD DE LA PERSONA Y RELACIONES DE CONSUMO, por Maria Cristina Cereser Pezzella y Mauro Evely Vieira de Borba.....</b>	<b>209</b>
1. Introducción .....	209
2. Sociedad de la Información y el consumo .....	210
3. Persona humana como sujeto de derechos y derecho a la privacidad ...	212
4. Reconocimiento de la dignidad de la persona humana .....	218
5. La dignidad de la persona (en la perspectiva de la privacidad) afrontada por la Sociedad de la Información .....	220
6. Consideraciones finales.....	221
7. Referencias bibliográficas .....	222
<b>NATURALEZA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y LA TEXTURA ABIERTA DE LAS NORMAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN MEDIO DE LAS RELACIONES PRIVADAS, por Matheus Felipe de Castro y Riva Sobrado de Freitas .....</b>	<b>225</b>
1. Introducción .....	225
2. La naturaleza de la interpretación jurídica ante el método dogmático.	226
3. La naturaleza de la interpretación jurídica en la Teoría de los Derechos Fundamentales .....	232
4. Consideraciones finales.....	237
5. Bibliografía .....	240
<b>PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN COMO INSTRUMENTOS DE LOS DERECHOS POLÍTICOS EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL BRASILEÑO, por Filomeno Moraes .....</b>	<b>241</b>
1. Introducción .....	241
2. La manifestación del poder constituyente en 1987/1988 .....	242
3. El principio democrático-político en la constitución federal de 1988: participación y representación.....	244
4. El retorno actual de la reforma política .....	252
5. ¿Más representación o más participación? .....	253
6. Un balance de la democracia brasileña.....	255
7. Consideraciones finales .....	256
<b>EL DERECHO FUNDAMENTAL AL JUSTO PROCESO Y LA TUTELA DE URGENCIA CAUTELAR, por Mônica Bonetti Couto y Adriana Silva Maillart.</b>	<b>259</b>
1. Introducción .....	259
2. Notas preliminares: la crisis del poder judicial brasileño .....	260
3. Tutela cautelar: sentido y raíz constitucional .....	262
4. Contornos de la tutela cautelar.....	265
5. Conclusión .....	272
6. Bibliografía .....	272
<b>DERECHO A LA PRUEBA Y RACIONALIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES, por Jordi Ferrer Beltrán .....</b>	<b>275</b>
1. Introducción .....	275
2. Elementos definitorios del derecho a la prueba .....	277

	Pág.
3. La noción de prueba en el derecho.....	280
4. Justificación racional y aplicación del derecho .....	283
5. Justificación de normas y justificación de actos.....	284
6. Bibliografía .....	287

### TERCERA PARTE

#### **DIMENSIONES MATERIALES Y EFICACES DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES SOCIALES**

<b>ASPECTOS CONSTITUTIVOS DE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA: LA CONTRIBUCIÓN DE ROBERT ALEXY PARA LOS DERECHOS SOCIALES, por Rogério Gesta Leal .....</b>	<b>293</b>
1. Notas introductorias.....	293
2. Notas sobre algunos precursores.....	294
3. ¿Qué tiene Robert Alexy para decidir sobre la teoría de la argumen- tación jurídica? Aspectos generales .....	296
4. Consideraciones finales .....	317
5. Bibliografía .....	323
<b>EFFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES: LIMITACIONES PRESU- PUESTARIAS Y ELECCIONES TRÁGICAS, por Rogério Nery .....</b>	<b>327</b>
1. Introducción .....	327
2. Desarrollo.....	328
3. Conclusión .....	339
4. Bibliografía .....	339
<b>EXPECTATIVAS JURÍDICAS Y DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES: CONTORNOS DOGMÁTICOS APLICADOS A SEGURIDAD SOCIAL, por Carlos Luiz Strapazzon.....</b>	<b>341</b>
1. Introducción.....	341
2. Omisiones ilícitas y/o que causan daños .....	343
3. Omisiones y frustración de expectativas imperativas .....	346
4. Omisiones ante justas expectativas de volver efectivos a los derechos fundamentales.....	349
5. Desvinculación de ingresos tributarios de Seguridad Social y expecta- tivas de efectivación de derechos fundamentales sociales .....	351
6. Expectativa imperativa: categoría-llave de la teoría brasileña de los derechos densamente prestacionales.....	355
7. Protección judicial de expectativas imperativas: análisis de STA 175...	359
8. Responsividad judicial y tutela de expectativas imperativas .....	363
9. Conclusiones .....	363
10. Bibliografía .....	364
<b>PROCESO DE INNOVACIÓN REALIZADOR DE LA DIGNIDAD HUMANA. EL ESTUDIO TEÓRICO Y PRÁCTICO DE LA MEDIACIÓN DE CONFLICTOS COMO MECANISMO DE EMPODERAMIENTO HUMANO, por Lilia Maia de Morais Sales .....</b>	<b>367</b>
1. Introducción .....	367

	Pág.
2. Empoderamiento. Transformación que expresa la dignidad humana.....	370
3. Proceso de innovación social realizador de la dignidad humana. La mediación de conflictos como mecanismo de empoderamiento humano...	380
4. Conclusiones.....	382
5. Bibliografía.....	382
<b>LA INSTAURACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS SOCIALES EN EL ESPACIO PRIVADO, por Samyra Haydêe dal Farra Napolini Sanches y Marcelo Benacchio.....</b>	<b>385</b>
1. Introducción.....	385
2. Los derechos humanos sociales.....	386
3. El desvanecimiento entre el espacio público y el privado.....	390
4. La eficacia de los derechos humanos entre particulares.....	392
5. La instauración de los derechos humanos sociales ante los titulares del ejercicio de la libre iniciativa.....	396
6. Conclusión.....	398
7. Bibliografía.....	398
<b>RETOS EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES CON PROYECCIÓN LABORAL: EL SUPUESTO DEL RÉGIMEN PREVENTIVO DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA, por Francisco de la Torre Olid y Pilar Conde Colmenero.....</b>	<b>401</b>
1. Tendencias actuales en la clásica tutela laboral a la mujer: la perspectiva de seguridad y salud.....	401
2. El trabajo de la mujer embarazada y la protección específica a la maternidad en materia de prevención de riesgos laborales.....	403
3. Régimen preventivo de la situación de riesgo durante el embarazo.....	406
4. Conclusiones.....	410
5. Bibliografía.....	411
<b>ACOSO MORAL COMO RESTRICCIÓN ILEGÍTIMA DEL DERECHO FUNDAMENTAL SOCIAL PARA UN TRABAJO DIGNO, por Diego Ferraz y Rodrigo Goldschmidt.....</b>	<b>413</b>
1. Introducción.....	413
2. Derechos fundamentales sociales: breves consideraciones.....	414
3. Dignidad de la persona humana en la relación laboral.....	417
4. El acoso moral en las relaciones laborales.....	418
5. Restricciones a los derechos fundamentales.....	424
6. Protección del derecho fundamental al trabajo digno frente al acoso moral.....	431
7. Conclusiones.....	432
8. Bibliografía.....	433
<b>PROTECCIÓN JURÍDICA DEL INMIGRANTE ECONÓMICO INTERNACIONAL EN LA DINÁMICA BIRREGIONAL IBEROAMERICANA: UN DIÁLOGO A PARTIR DEL ESPACIO PÚBLICO Y DE LOS DERECHOS HUMANOS, por Giuliana Redin y Orides Mezzaroba.....</b>	<b>435</b>
1. Introducción.....	435

	<u>Pág.</u>
2. El inmigrante económico como objeto de estado y su condicionamiento a la esfera privada de vida .....	436
3. El diálogo birregional iberoamericano en la protección del inmigrante económico internacional: avances y límites jurídico-políticos .....	442
4. Consideraciones finales .....	446
5. Bibliografía .....	447

## PRESENTACIÓN

Tal vez pocos temas se hayan hecho tan necesarios al constitucionalismo —en cualesquiera de las versiones y espacios en que este constitucionalismo se haya presentado— como el de los derechos humanos. La dimensión cosmopolita de los derechos humanos como su solución posible también hacia una construcción de «paz perpetua» es conocida, desde el punto de vista teórico, a partir de la publicación del *Proyecto para una Paz Perpetua*, por Immanuel Kant, en 1795. El desafío ha sido su implementación, o mejor, cómo dichos proyectos podrían abandonar el terreno de lo abstracto e ingresar en el mundo de los vivos, de «carne y hueso». Parece claro que volver efectivos a los derechos humanos tiene como primer paso el reconocimiento de la situación fáctica de estos derechos. Y tanto mayor sea su alcance para este diagnóstico, más próximo de lo real estará, y la cualidad de las reflexiones será también elevada.

En momentos en donde filósofos de primera línea, como Jürgen Habermas, ya habían buscado definir el parámetro europeo como aquél para ser adoptado al mundo entero<sup>1</sup>, la atención que se da en esta obra colectiva, *Problemática de los derechos humanos fundamentales en América Latina y en Europa. Desafíos materiales y eficaces*, abarca todos los sentidos. Primero, por la representatividad de sus autores: de distintas regiones de Brasil, de España y de Estados Unidos. Segundo, por la estructura de la obra, que va desde la perspectiva de formulación de una teoría general de los derechos humanos, hasta llegar a las discusiones sobre los aspectos materiales de esta teoría para los derechos humanos civiles y sociales. Este es uno de los puntos destacados de la obra. No suponen una novedad los debates sobre la aplicación de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones privadas. Y, naturalmente, en cualquier sociedad de economía de mercado, este tema jamás permitirá un fácil intercambio de ideas, especialmente por razón de la fuerza teórica y política del liberalismo —antiguo y moderno— en rechazar inter-

---

<sup>1</sup> Habermas mantuvo esta idea en su polémico ensayo «Humanität und Bestialität», donde justificó la intervención de la OTAN en la guerra de Kosovo, sin autorización de las Naciones Unidas.



venciones por parte del Estado en la esfera de las relaciones civiles. Pues lo que la obra trae de nuevo es el vigor del lugar de los derechos humanos en las relaciones entre particulares y su finalidad de traducir al constitucionalismo, no solamente la eficacia de los derechos fundamentales en toda su extensión, sino también determinar el fracaso o éxito del dirigismo intervencionista que se tiene en la actualidad.

Si se tiene por referencia al constitucionalismo de América Latina, con sus sociedades multiculturales, la necesidad del debate salta a la vista. De la misma manera, al fijarnos en las sociedades europeas, con sus intensas nacionalidades y su constitucionalismo social, el ambiente ofrece la misma riqueza para discusiones. Es lo que se ha hecho en esta obra. Pues los textos que se han publicado resultan de un saludable esfuerzo de intercambio de experiencias entre los dos lados del Atlántico, cada cual con sus distintas trayectorias históricas y políticas, alimentando la fuente de reflexiones; experiencias unidas por un común interés en perfeccionar a las instituciones jurídicas y sociales en la búsqueda de volver efectivo a constitucionales y a los derechos humanos. De esta forma, un esfuerzo colectivo produjo esta obra colectiva. En si ya es el libro ahora publicado como resultado de un proceso académico democrático. En ello también reside su punto positivo.

No me será posible agotar (o resumir) al esfuerzo de tantos respetados académicos materializados en esta presentación. Por otro lado, no tengo, igualmente, cómo dejar de mencionar que el diálogo interno entre los temas distribuidos en los tres capítulos se eslabonan con la característica de una construcción racional pues: derivan unos de otros, y se vinculan al tema central. Así, se ve que los ensayos escritos no están apenas yuxtapuestos unos a los otros: al contrario, unos se integran a los otros, ofreciendo una visión imprescindible y conjunta sobre el lugar y las cuestiones centrales de los derechos humanos. Este aspecto, por sí, recomendaría fuertemente su publicación. Hay mucho más por decirse, ante la mirada de cualquier investigador, pues los textos elaborados servirán como excelente material para investigaciones. Una vez portadores de diferentes miradas y experiencias, no pasará inadvertido por el universo jurídico brasileño e «ibero-latino-americano» el pluralismo que la obra conlleva. Y es de esta forma que debe ser. Lo que se anhela es que también estos textos despierten a quienes se decidan por militar en la política democrática, o sea, los que gobiernan. Y no quiero restringirme, al hablar en gobierno, a quienes son elegidos y ejercen el poder ejecutivo. Así tomo la libertad de envolver aquí a quienes juzgan, elaboran leyes, a los que participan y forjan la apertura de los procesos decisorios en cualquier sociedad. Cada uno de estos actores puede, en el límite legal y democrático con su parte de poder en la sociedad, provocar reacciones y traer para la agenda política de los gobiernos y del constitucionalismo el desafío de los derechos humanos fundamentales y sus nexos entre naciones y pueblos.

Si no representara este proceso de construcción un importante escalón a ser superado en la evolución de los derechos humanos, los autores que ahora escriben no habrían tenido tantos esfuerzos intelectuales, tan sinceros y de tan elevada calidad, como en él que ahora, se hace público. Me queda, por fin, felicitar a la iniciativa por dos razones: por la evolución del proyecto de

intercambio jurídico y cultural realizado, especialmente, entre compañeros investigadores de España y Brasil; y también por la producción bibliográfica que ahora se da a conocer. De esta realidad sólo se desea que este libro sea apenas el primero de tantos frutos que vengan a crecer.

Prof. Dr. Martonio MONT'ALVERNE BARRETO LIMA<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Doctor en derecho (Rechtswissenschaft) —por Johann Wolfgang Goethe—, Universität Frankfurt am Main (1998). Pos-doctor en derecho por la misma Universidad de Frankfurt/M., bajo orientación del trabajo de la Prof. Dra. Ingeborg Maus. Fiscal General del Municipio de Fortaleza y Profesor Titular de la Universidad de Fortaleza. Fue vicepresidente de la Orden de Abogados de Brasil - Sección de Ceará. Tiene experiencia en el área de derecho con énfasis en derecho constitucional, actuando principalmente en los siguientes temas: Supremo Tribunal Federal, jurisdicción constitucional, Poder Judicial, democracia brasileña y derecho constitucional e historia del pensamiento constitucional brasileño. Publicó su tesis de doctorado en 1999 (Peter Lang Verlag, Frankfurt/M): *Staat und Justiz in Brasilien - zur historischen Entwicklung der Justizfunktion in Brasilien: Kolonialgerichtsbarkeit in Bahia, Richterschaft im Kaiserreich und Verfassungsgerichtsbarkeit in der Republik*. Autor de diversos ensayos, informes y traducciones publicados, es también organizador de obras. «Ensayos. Jurisdicción Constitucional: Un problema de la Teoría de la Democracia Política», en *Teoría de la Constitución. Estudios sobre el lugar de la política en derecho constitucional*, Cláudio de Souza Pereira Neto, Gilberto Bercovici, José Filomeno de Moraes Filho y Martonio Mont Alverne Barreto Lima, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003, pp. 199-261; «A Guarda da Constituição em Hans Kelsen» en *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, núm. 1, São Paulo, Editora Método, 2003, pp. 203-209; «Brazilian Federalism and the Federal Supreme Court in the New Constitution of 1988», en *Études et Colloques*, vol. 38, Ginebra/Munich, 2001, pp. 79-102 (conjuntamente con Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz); «Institutionen und Modernisierung», en *Grenzen der Moderne*, Amós Nascimento u. Kirsten Witte, Hrsg., Iko Verlag, Frankfurt, 1997, pp. 51-64; «Partidos políticos y elecciones: la justicia electoral en la construcción de la democracia brasileña» (en coautoría con José Filomeno de Moraes Filho), en *Ellos y Nosotros - Democracia y Representación en el Mundo Actual*, Ernesto Emmerich, Org., Ciudad de México, Demos Grupo de Estudios, 2004, pp. 213-230. Organizó, entre otros trabajos: *Derecho y Política - Estudios Internacionales en Homenaje a Friedrich Müller* (Conceito/Fundação Boiteux/Universidade de Fortaleza, Florianópolis/Fortaleza, 2003, conjuntamente con Paulo Antônio de Menezes Albuquerque).

## PREFACIO

Los derechos humanos son, desde luego, un tema de primera magnitud política y jurídica. Su relieve en el contexto político puede medirse en gran parte por un hecho fácilmente constatable: hoy no se puede presentar una propuesta normativa acerca de la cual haya dudas respecto a su conformidad con los derechos humanos. Y en el ámbito jurídico ha ganado espacio a gran velocidad la doctrina del neoconstitucionalismo o, según se quiera, la constitucionalización del ordenamiento. Dicho de otro modo, el paso por el tamiz de los derechos fundamentales (traslación jurídica de los derechos humanos) de toda decisión jurídica de inferior nivel.

Por su parte, incluso los regímenes políticos que cotidianamente demuestran no tener mucho aprecio por los derechos humanos lo hacen disimulando el verdadero sentido de su actuación, presentando excusas más o menos exitosas. Los debates políticos, parlamentarios y populares, los discursos en organismos internacionales, las presentaciones públicas de las fuerzas de gobierno o de oposición de los más variados países, democráticos y no democráticos, enarbolan también el discurso y la defensa de los derechos humanos como un presupuesto de la legitimidad o de la ilegitimidad (en caso de violación de los mismos) de las decisiones políticas adoptadas.

Esto constituye, sin duda, una enorme victoria del discurso civilizador que proviene de la Ilustración y que ha costado muchas vidas, mucho sufrimiento personal y colectivo (y que, con toda seguridad, lo seguirá costando). Hoy la expresión «derechos humanos» (y su correspondiente jurídico «derechos fundamentales») tiene una carga emotiva positiva que otorga a quien la defiende una ventaja discursiva, un valor añadido, y que afecta negativamente a quien se desentiende de ellos o es acusado de hacerlo.

Sin embargo, mis posiciones teóricas me hacen desconfiar de algunas de las estrategias encaminadas a la defensa hasta aquí ponderada. Así, en el ámbito de la metaética, no puedo más que sostener lo que denominaría como un «sano relativismo», que no debe ser confundido con el escepticismo que iguala las creencias morales a los gustos culinarios, pero que tampoco admite sostener la justificación de los derechos humanos en algún tipo de objetividad

universal o en una realidad moral difícilmente defendible. No escondó que me gustaría encontrar un sustento objetivo a las que son, sin duda, mis firmes creencias políticas, pero tampoco que hasta el momento he sido incapaz de encontrarlo y que los discursos que lo sostienen creo que caen habitualmente en el *wishful thinking* y/o en la falacia naturalista. Y ambas cosas me parecen peligros que debemos claramente evitar.

Otra estrategia políticamente encaminada, en la mayoría de los casos, hacia la defensa de los derechos humanos, en su faceta jurídica de derechos fundamentales, es el denominado neoconstitucionalismo. Aunque, siendo una doctrina absolutamente de moda, tiene muchos defensores y muchas formas de ser presentada, creo que en general presupone la corrección de algún tipo de objetivismo moral, lo que condena el proyecto al fracaso. Pero, por otra parte, suponer que la lectura moral del derecho debe realizarse de acuerdo con la moral objetiva supone también una extraña tesis en sede de interpretación del derecho: a saber, que todos los casos, y en todos los ordenamientos, en los que alguna disposición jurídica (especialmente, pero no sólo, constitucional) utiliza términos morales (*i. e.*, dignidad, igualdad, autonomía individual, etc.), éstos remiten necesariamente a la moral objetiva y no a la concepción moral del legislador que dictó la disposición, o a la concepción moral del aplicador o a la moral social, etcétera. En resumen, compartiendo en buena medida los objetivos políticos de los neoconstitucionalistas, entiendo problemáticos sus fundamentos teóricos e, incluso, peligroso su instrumental. No en vano, algunos magistrados defensores del «uso alternativo del derecho» abandonaron ese movimiento al darse cuenta de que las alternativas ideológicas no eran unívocas y que el uso alternativo también podía realizarse en dirección contraria a la de sus creencias políticas.

Queda, en todo caso, mucho camino por recorrer en la defensa no sólo del reconocimiento jurídico de los derechos humanos, sino, sobre todo, de su eficacia. Hay que dotar a las instituciones de mecanismos eficientes en el ámbito nacional e internacional destinados a asegurar su efectividad. Y tales instituciones deben ser capaces de trabajar coordinadamente, articulando en conjunto instrumentos de protección.

El gran desafío actual es garantizar la protección de los derechos humanos a escala internacional. No sólo porque las estructuras nacionales son, en ocasiones en manos de regímenes totalitarios o de democracias rehenes de amenazas militares, un freno a la efectividad de esa protección, sino también porque el fenómeno de la globalización impone necesariamente estructuras globales de protección de los derechos, en especial de los derechos sociales.

Estoy convencido de que este libro es una expresión de esta idea. La presente obra, editada por los profesores Narciso Leandro Xavier Báez, Marcelo Porciuncula y Gerson Branco, y que tengo el honor de prologar, es una feliz reunión de perspectivas elaboradas por académicos y operadores de instituciones europeas y latinoamericanas. Todas ellas enfrentan las difíciles circunstancias teóricas e institucionales que experimenta la defensa de los derechos humanos. Los desafíos, como indica el subtítulo de la obra, son muchos y de distinta procedencia. Y los trabajos presentados por los autores no pueden dejar dudas en lo que respecta a la aceptación del desafío.

En efecto, tanto en Europa como en América Latina persisten cuestiones de alta complejidad teórica y práctica. En conjunto es amplio, y va desde la inexistencia de instituciones debidamente preparadas para proteger los derechos humanos hasta la inacción o precario funcionamiento de las existentes. Temas como, por ejemplo, el multiculturalismo característico de nuestras sociedades, los desafíos impuestos por el creciente proceso migratorio y también la necesidad del desarrollo de recursos teóricos para enfrentar tales cuestiones suponen un reto relevante. Por ello, las controversias teóricas al respecto son una constante en los centros académicos europeos y latinoamericanos.

Las dificultades principales son las mismas, aunque experimentadas en distintas medidas que varían en función de las particularidades regionales que componen la riqueza de los ámbitos en cuestión. La unión de esfuerzos es el mejor camino para enfrentarlas. La presente obra hace referencia a muchas de ellas, a partir de investigaciones de autores de uno y otro lado del Atlántico, que han colaborado en este proyecto conjunto de la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Girona y la Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Esperemos que en el futuro podamos seguir trabajando en la misma dirección.

Jordi FERRER BELTRÁN  
 Cátedra de Cultura Jurídica  
 Universidad de Girona

# EXPANSIÓN MULTICULTURAL DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES Y FORMACIÓN DE UNA CONCIENCIA UNIVERSAL

Narciso Leandro XAVIER BÁEZ \*

## 1. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo es el de comprender el proceso de expansión multicultural de los *derechos humanos fundamentales*, a través del estudio de su surgimiento y desarrollo histórico, en las diferentes civilizaciones, buscándose entender cómo esa categoría fue gestada y cuáles fueron los factores que impulsaron a la formación de una consciencia universal sobre su importancia.

Se destaca, con todo, que la búsqueda aquí iniciada no partirá del momento histórico en que la expresión *derechos humanos fundamentales* pasó a ser utilizada, pues el objetivo es retroactuar en el tiempo, en diferentes espacios culturales, para identificar cómo los valores éticos que dieron origen a esa categoría se desarrollaron y evolucionaron hasta ser reconocidos como *derechos humanos fundamentales*.

Por eso, el parámetro de identificación de esos valores será pautado por la observación de prácticas, creencias y filosofías que, a lo largo de la historia, tuvieron por finalidad *proteger y realizar la dimensión básica de la dignidad humana*. De ese modo, serán investigados movimientos históricos que hayan buscado *defender a los seres humanos contra cualquier tipo de cosificación o de*

---

\* Profesor e investigador del Programa de posgrado de la Universidad del Oeste de Santa Catarina. Doctorando en Derechos Fundamentales y Nuevos Derechos, pasante, becado por PDEE CAPES, desde febrero de 2011, en el Center of Civil and Human Rights de la University of Notre Dame, Indiana, Estados Unidos. Máster en Derecho Público. Especialista en proceso civil. Graduado en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica del Río Grande do Sul. Juez Federal del Tribunal Federal de la 4.ª Región de Santa Catarina, Brasil, desde 1996.

*reducción legal o moral de su humanidad*, bien como identificar acciones que buscaron valorar a los individuos, por haber reconocido en ellos un atributo especial, merecedor de respeto. Así, teniendo a esos parámetros como norte, el rescate histórico aquí propuesto buscará encontrar las raíces y los contextos en que esos ideales surgieron, independientemente del nombre o del fundamento que hayan recibido en la época que fueron proclamados.

En esa perspectiva, se debe destacar que la protección histórica de la *dimensión básica* de la dignidad humana fue y continúa siendo fruto de larga y ardua lucha, la cual ha demandado muchos esfuerzos y sacrificios, visto que los ideales que envuelven a esos movimientos han representado la abolición de ciertos privilegios y el combate de prácticas violadoras de lo que hoy se denominan como *derechos humanos fundamentales*.

En ese sentido, vale recordar que pensadores de diferentes tiempos, lugares y culturas habrían proyectado un mundo donde se les reconociera a todas las personas ciertos derechos inherentes y básicos, por el simple hecho de haber nacido dentro de la misma familia humana<sup>1</sup>. Esa preocupación, estuvo presente desde épocas inmemoriales, teniéndose registros de resistencias e intentos de protección a la dignidad humana contra las malezas producidas por actos abusivos y, a veces, monstruosos, a través de la lucha para alejar las fronteras políticas, jurídicas o culturales que intentaron limitar al derecho de recibir igual tratamiento, sin cualquier discriminación con base en el género, en la raza, en el color, en la clase social, en la religión, en las creencias políticas, en la etnia o en la nacionalidad<sup>2</sup>.

El origen de esas ideas, con todo, no respalda sus raíces en una única fuente, pues no se las puede atribuir a una sola sociedad específica, o cultura o religión, visto que la preocupación con el respeto a la dignidad del otro es detectada tanto en creencias religiosas como en la solidaridad entre los individuos en situaciones de sufrimiento, además de ser vista también en discursos filosóficos sobre la naturaleza de la humanidad y hasta en la revuelta alimentada por un sentimiento de injusticia ante situaciones envolviendo inocentes o víctimas indefensas<sup>3</sup>. Por otro lado, las violaciones a la *dimensión básica* de la dignidad humana aparecen desde los primeros registros de la presencia del hombre sobre el planeta Tierra, envolviendo casos de esclavitud, segregación racial, discriminación sexual y de clases sociales, persecución a las minorías, torturas, exterminación en masa, genocidios, entre otros<sup>4</sup>. La forma como cada pueblo ha lidiado a lo largo de la historia con esas situaciones de violencia ocasionó el surgimiento de varias reacciones sociales y escuelas de pensamiento sobre un conjunto de derechos innatos, de los cuales cada individuo sería titular y que pasaron a desafiar a las autoridades de aquellos que estaban en el poder, sea un tirano, un soberano o un ente estatal<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> LAUREN, Paul Gordon. *The Evolution of International Human Rights: Visions Seen*, 2.<sup>a</sup> ed., Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2003, p. 1.

<sup>2</sup> LOESCHER, Gil, y LOESCHER, Ann, *Human Rights: a Global Crisis*, New York, 1978, p. 4.

<sup>3</sup> MAHONEY, Jack, *The Challenge of Human Rights: Origin, Development, and Significance*, Oxford: Blackwell Publishing, 2007, p. 1.

<sup>4</sup> FLOOD, Patrick James, *The Effectiveness of UN Human Rights Institutions*, Westport: Praeger Publishers, 1998, p. 9.

<sup>5</sup> LAUREN, *op. cit.*, p. 2.

## 2. LOS PRIMEROS MOVIMIENTOS DE EXPANSIÓN DE LOS VALORES HUMANOS

La identificación de los orígenes históricos de movimientos que fueron capaces de contribuir para cambios de prácticas y actitudes en el mundo, en pro de la protección de la *dimensión básica* de la dignidad humana, no es tarea sencilla, pues fueron fruto de influencias de fuerzas, personalidades y condiciones complejas e interrelacionadas, ocurridas en diferentes tiempos y ambientes en la historia de la humanidad. En ese sentido, se ve que los primeros movimientos en que el ser humano pasó a ser considerado como detentador de cierta diferenciación entre los demás seres y, por eso mismo, poseedor de algunos derechos inherentes e inalienables, encuentran sus primitivas manifestaciones en las religiones y en las filosofías desarrolladas de cada cultura <sup>6</sup>.

En lo que concierne a las religiones, se observa que tienen como punto común, desde su historia primitiva, hasta la responsabilidad humana por sus semejantes, cuyo corolario puede ser encontrado en la síntesis de no hacer al otro aquello que no se quiere que se haga a sí mismo <sup>7</sup>. Esa máxima es encontrada en revelaciones narrativas, poesías, comandos, cuentos o parábolas en prácticamente todas las creencias religiosas, las cuales buscaron, desde sus primeras manifestaciones, destacar que el parentesco común existente entre todos los seres humanos implica la observancia de algunas responsabilidades morales, como de principios éticos de justicia y de compasión de unos hacia los demás <sup>8</sup>.

Note, por ejemplo, que la religión más arcana del mundo, el hinduismo, cuyos textos arcaicos de Vedas y Upanishads tienen sus raíces en el periodo de Harappa temprano, en 5500-2600 antes de la era cristiana, concibe a los hombres como parte de la naturaleza, quienes están unidos por lazos espirituales indisolubles <sup>9</sup>. Uno de los puntos que se destaca de esa doctrina es justamente la obligación que cada ser humano tiene de buena acción y buena conducta hacia las necesidades de los demás, pues solamente a través de ese comportamiento es el individuo podrá alcanzar la evolución espiritual necesaria en cada reencarnación, para llegar al «*moksha*» (perfección y fin del ciclo de reencarnaciones) <sup>10</sup>. El hecho que llama la atención en esa doctrina es el registro de una preocupación prehistórica con la dignidad humana, pues los textos básicos fechan del fin del periodo neolítico <sup>11</sup> y ya en esa época remota se encuentra la preocupación y la compasión hacia las necesidades de los demás. Siglos más tarde, Mahatma Gandhi refuerza esa máxima al proclamar que todas las vidas son sagradas, debiendo quedar libres de cualesquiera actos violentos, sean ellos físicos o morales, además de resaltar uno de los puntos fundamentales de la creencia, en el sentido de que todas las

<sup>6</sup> SHIVANANDA, J., *Human Rights Concept and Issues*, New Delhi: Alfa Publications, 2006, p. 32.

<sup>7</sup> HARSH, Bhanwar Lal, *Human Rights in India: Protection and Implementation of the Human Rights Act, 1993*, New Delhi: Regal Publications, 2009, p. 24.

<sup>8</sup> LAUREN, *op. cit.*, p. 5.

<sup>9</sup> NIKHILANANDA, Swami, *The Upanishads*, vol. 1, 5.<sup>a</sup> ed., New York: Ramakrishna-Vivekananda Center, 1990, pp. 3-8.

<sup>10</sup> TALWAR, Prakash, *Human Rights*, Delhi: Isha Books, 2006, p. 72.

<sup>11</sup> NIKHILANANDA, *op. cit.*, p. 3.



religiones merecen comprensión y tolerancia, ya que son caminos genuinos para alcanzar la luz de Dios<sup>12</sup>.

La doctrina hindú trae importantes contribuciones para la formación de los derechos humanos fundamentales, visto que trabaja conceptos aferrados a la protección de la *dimensión básica* de la dignidad humana, a través del reconocimiento de los derechos de igualdad, de protección a la vida y de solidaridad entre los hombres, así como las libertades de creencia y de religión, las cuales defiende que deben ser ejercidas sin interferencias, con *tolerancia y comprensión* por parte de todos. Además de eso, esa religión anticipa la existencia de lo que hoy se llaman los derechos humanos ambientales, al afirmar que el hombre es parte del medio ambiente en que vive y tiene la responsabilidad moral, por ser el único ser de la naturaleza dotado de razón, de preservar y proteger las demás especies.

Otra doctrina relevante en la prehistoria de los derechos humanos fundamentales fue la del mazdeísmo o zoroastrismo, desarrollada por el profeta Zaratustra, quien fue llamado más tarde por los griegos de Zoroastro, en el siglo VII a. C., en Persia (donde hoy se ubica Irán)<sup>13</sup>. En esa doctrina, se creía que el bien y el mal se manifestaban en el interior de los seres humanos y, en razón de eso, para que el mundo y la sociedad pudieran organizarse, el hombre debería introducirse en el planeta en armonía y equilibrio con el medio natural y social, a través del respeto y protección de los cuatro elementos (agua, tierra, fuego y aire) y de la comunidad<sup>14</sup>. De ese modo, cabría a los individuos que usaran su libre albedrío para rechazar las manifestaciones internas negativas y actuaran con buenas acciones y responsabilidades con el medio ambiente y con los demás<sup>15</sup>. La forma práctica de alcanzar ese equilibrio sería obtenida en la medida en que cada individuo actuara con los otros de la misma forma como le gustaría que los demás actuaran consigo mismo, visto que, a través de esa postura, los seres humanos acabarían suprimiendo sus manifestaciones negativas, abriendo espacio para el florecimiento del bien, lo cual traería la felicidad interna y, consecuentemente, la armonía y la realización de la felicidad colectiva<sup>16</sup>.

Como se puede observar, la doctrina del zoroastrismo también fue responsable por importantes nociones sobre valores embrionarios de los *derechos humanos fundamentales*, destacando a los derechos de autonomía y del libre albedrío que deberían ser reconocidos a todos los seres humanos, así como la responsabilidad que éstos deberían asumir en practicar buenas acciones para la armonía y el equilibrio de la sociedad. La máxima de «actuar como me gustaría que actuaran conmigo» trae un importante código de conducta ética, que expresa la noción de justicia social de esa creencia, pues apunta al individuo el parámetro que debe observar en sus relaciones con el otro, cubriendo, con eso, la protección a la vida, a la igualdad y a la libertad. Por

---

<sup>12</sup> SUBRAMUNIASWAMI, Satguru Sivaya, *Dancing with Shiva*, California: Himalayan Academy, 1993, p. 195.

<sup>13</sup> BECK, Roger, «Thus Spake Not Zarathushtra: Zoroastrian Pseudepigrapha of the Greco-Roman World», en BOYCE, Mary, y GRENET, Frantz, *A History of Zoroastrianism*, vol. 3, Leiden: Brill Publishers, 1991, p. 492.

<sup>14</sup> *Ibid.*, pp. 507-511.

<sup>15</sup> *Ibid.*, pp. 538-539.

<sup>16</sup> *Ibid.*

fin, se ve que la preocupación constante de que el hombre ocupara su lugar en el mundo de forma armónica con los cuatro elementos (agua, tierra, fuego y aire) muestra también la conciencia ambiental que norteaba las creencias de esa religión.

Otra religión que merece ser destacada es el judaísmo, porque en su primer libro conocido como *Jehovist, Yahwist*, o simplemente *J*, escrito en el 950 antes de la era cristiana, y que fue posteriormente incorporado a la Torá, en el 450 a. C. Se encuentra el texto sobre el Génesis, en el cual se afirma que los seres humanos son miembros de una misma familia. Razón esta que así, cada individuo debe tener su valor y vida reconocidos y protegidos por los demás<sup>17</sup>. Además, de eso, el texto destaca a los mandamientos de amar al prójimo como a sí mismo, inculcando a sus seguidores a que actúen sobrepasando su individualidad, con la finalidad de beneficiar a otras personas en el mundo, destacando el tratamiento igualitario que debe ser concedido a todos bajo las leyes, tanto divinas como religiosas<sup>18</sup>.

De ese modo, se ve que la creencia judía reforzó, desde el principio de su surgimiento, el compromiso con los valores fundamentales de los seres humanos, una vez que destacaba a sus seguidores que los individuos serían detentadores de ciertos valores inherentes que demandaban el respeto y reconocimiento por todos, dándose especial importancia a la protección al derecho a la vida. Además de eso, el judaísmo trajo una importante contribución para la noción de igualdad ante la ley, tan celebrada siglos más tarde, durante las revoluciones burguesas de los siglos XVII y XVIII, al defender que todos los seres humanos son merecedores de recibir tratamiento igualitario, sea ante las leyes religiosas, sea ante las leyes de los hombres. Por fin, merece destacar también el uso del amor como base de la justicia social, ya que, dentro de esa creencia, se debe amar al prójimo como a sí mismo, comando que lleva al individuo a la reflexión sobre no hacer imponer a las otras acciones que no soportaría que le fueran impuestas.

En el mismo sentido son los principios budistas establecidos en los siglos VI y IV a. C., en la región de Sri Lanka, por Siddhartha Gautama (popularmente conocido como Buda), quien deliberadamente renunció a su posición de privilegios reales y pasó el resto de su vida pregonando el respeto por la existencia de cada persona y la compasión por el dolor sufrido por los seres humanos<sup>19</sup>. Siddhartha defendía que los individuos poseen valores únicos como seres físicos y espirituales, razón por la cual deberían vivir en hermandad e igualdad<sup>20</sup>. Además de eso, la creencia defiende que los hombres tienen una responsabilidad cósmica, por su capacidad racional, de respetar y auxiliar a los otros seres de la naturaleza en su proceso evolutivo, preservando y protegiendo al medio ambiente<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> COOGAN, Michael D., *A Brief Introduction to the Old Testament*, New York: Oxford, 2009, p. 47.

<sup>18</sup> LAUREN, *op. cit.*, p. 6.

<sup>19</sup> CHAN, Stephan, «Buddhism and human rights», en SMITH, Rhona K. M., y ANKER, Cristian van den, *The essentials of human rights*, London: Oxford University Press, 2005, pp. 25-26.

<sup>20</sup> HAMILTON, Sue, *Early Buddhism: A New Approach: The I of the Beholder*, New York: Routledge, 2000, p. 47.

<sup>21</sup> JUNGER, Peter D., «Why the Buddha Has no Rights», en KEOWN, Damien V.; CHARLES, S. Prebish, y WAYNE, R. Husted, *Buddhism and Human Rights*, Cornwall: Curzon, 1998, p. 54.