

**CAROL PRONER
HÉCTOR OLASOLO
CARLOS VILLÁN DURÁN
GISELE RICOBOM
CHARLOTTH BACK**
(Coordinadores)

2

70º ANIVERSARIO DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

**La Protección Internacional de los Derechos
Humanos en cuestión**



tirant
lo blanch

**PERSPECTIVAS
IBEROAMERICANAS
SOBRE LA JUSTICIA**

**70° ANIVERSARIO DE LA DECLARACIÓN
UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS**

**La Protección Internacional
de los Derechos Humanos en cuestión**

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

- MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG**
Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia
- ANA CAÑIZARES LASO**
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga
- JORGE A. CERDIO HERRÁN**
Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México
- JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ**
Ministro de la Suprema Corte de Justicia de México
- EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**
Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
- OWEN FISS**
Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)
- JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ**
Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED
- LUIS LÓPEZ GUERRA**
Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid
- ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla
- MARTA LORENTE SARIÑENA**
Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
- JAVIER DE LUCAS MARTÍN**
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia
- VÍCTOR MORENO CATENA**
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid
- FRANCISCO MUÑOZ CONDE**
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
- ANGELIKA NUSSBERGER**
Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Catedrática de Derecho Internacional de la Universidad de Colonia (Alemania)
- HÉCTOR OLASOLO ALONSO**
Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)
- LUCIANO PAREJO ALFONSO**
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid
- TOMÁS SALA FRANCO**
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia
- IGNACIO SANCHO GARGALLO**
Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España
- TOMÁS S. VIVES ANTÓN**
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia
- RUTH ZIMMERLING**
Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

70° ANIVERSARIO DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

La Protección Internacional de los Derechos Humanos en cuestión

Coordinadores
CAROL PRONER
HÉCTOR OLASOLO
CARLOS VILLÁN DURÁN
GISELE RICOBOM
CHARLOTTH BACK



Con estatuto consultivo especial ante las Naciones Unidas

tirant lo blanch

Valencia, 2018

Copyright © 2018

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la justicia

Directores:

HÉCTOR OLASOLO
CAROL PRONER

© Carol Proner, Héctor Olasolo, Carlos Villán Durán,
Gisele Ricobom, Charlott Back y otros

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 978-84-9190-307-9
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSC/Tirant.pdf>

Directores de la colección:

HÉCTOR OLASOLO

Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional - IIH (Holanda); Catedrático de Derecho Internacional, en la Universidad del Rosario (Colombia), donde dirige su Clínica Jurídica Internacional y el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP); Senior Lecturer en la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas.

CAROL PRONER

Presidenta del Instituto Joaquín Herrera Flores (Brasil); Profesora de Derecho Internacional de la Universidad Federal del Rio de Janeiro (Brasil); Co-directora de la Maestría en Derechos Humanos, Multiculturalidad y Desarrollo, Universidades Pablo Olavide e Internacional de Andalucía (España).

Autores

ALBERTO HIGALGO TUÑAN
ALEJANDRA VICENTE
ALEJANDRO TEITELMAN
ALEXANDRE BERNARDINO COSTA
ALFRED DE ZAYAS
ANDREA MÓSERES FERNÁNDEZ
ANTONIO DELGADO BAENA
ANTONIO HENRIQUE GRACIANO
SUXBERGER
ANTONIO VARÓN MEJÍA
ASIER GARRIDO MUÑOZ
BEATRIZ LONDOÑO TORO
BRUNO SENA MARTINS
CARLOS VILLÁN DURÁN
CARLOS ZAMORA VALDEZ
CARMELO FALEH-PÉREZ
CARMEN QUESADA ALCALÁ
CAROL PRONER
CHARLOTTH BACK
CLÓVIS MALINVERNI
DANIELA SUÁREZ VARGAS
DAVID SÁNCHEZ RUBIO
DIOGO BACHA E SILVA
EDGAR ANTONIO LÓPEZ
EDILENY TOMÉ DA MATA
EDUARDO MANUEL VAL
ELIANE DUPAS
ENRIQUE PRIETO-RÍOS
ESPERANZA BUITRAGO
FABIO RAMAZZINI BECHARA
FELIPE GÓMEZ ISA
FERNANDA FERREIRA PRADAL
FERNANDA LAGE ALVES DANTAS
FRANCISCO JOSÉ INFANTE-RUIZ
FRANCISCO MAFFIOLETTI CELEDÓN
GISELE CITTADINO
GISELE RICOBOM
HÉCTOR OLASOLO
JAN CARLOS DA SILVA
JAVIER AUGUSTO DE LUCA
JAVIER ROLDÁN BARBERO
JESÚS DELGADO BAENA
JESÚS SABARIEGO
JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA
JOÃO RICARDO WANDERLEY
DORNELLES
JOEL M.F. RAMIREZ-MENDOZA
JORDI BONET PÉREZ
JORGE CALDERÓN GAMBOA
JOSÉ ANTONIO MUSSO
JOSÉ CARLOS MOREIRA DA SILVA
FILHO
JOSÉ MANUEL SÁNCHEZ PATRÓN
JOSÉ RAFAEL MARÍN AÍS
JOSÉ RIBAS VIEIRA
JUAN MANUEL DE FARAMIÑÁN
GILBERT
JUAN RAMÓN MARTÍNEZ VARGAS
JULIANA NEUENSCHWANDER
LARISSA RAMINA
LAURA VICTORIA GARCÍA-
MATAMOROS
LIA BEATRIZ TEIXEIRA TORRACA
LORENA GONZÁLEZ PINTO
LUCIA CARCANO
LUIS ACEBAL MONFORT
MANUEL ALBERTO RESTREPO
MEDINA
MANUEL EUGENIO GÁNDARA
CARBALLIDO
MANUEL FERNANDEZ-GARCIA
MARCUS GIRALDES
MARGARIDA MARIA LACOMBE
CAMARGO

MARÍA ANGÉLICA PRADA-URIBE
MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE
MARÍLIA ALVES DE CARVALHO E
SILVA
MARINA FARACO E FELIPE DAIER
MARIO UREÑA
MARIONA CARDONA VALLÉS
MARTA FERNÁNDEZ
MÓNICA ROCHA HERRERA
NICOLÁS EDUARDO BUITRAGO-REY
NOELIA CÁMERON NÚÑEZ
NURIA CORDERO RAMOS
OLGA HERRERA CARBUCCIA
PAULO ABRÃO
PRUDENTE JOSÉ SILVEIRA MELLO
RAMIRO ROCKENBACH DA SILVA
MATOS TEIXEIRA DE ALMEIDA
RENATA BARRETO PRETURLAN

RICARDO ABELLO-GALVIS
RICARDO NUNES DE MENDONÇA
RODRIGO LENTZ
RUBEN ROCKENBACH MANENTE
SALVADOR CUENCA CURBELO
SANDRA GAMBOA RUBIANO
SEBASTIÁN PRELLER BÓRQUEZ
SERGIO GRAZIANO
SIDNEY GUERRA
SYLVIA H. STEINER
TATSIANA USHAKOVA
TATYANA SCHEILA FRIEDRICH
TIAGO RESENDE BOTELHO
VANESSA BONILLA-TOVAR
VICENTE BARRAGÁN ROBLES
VIVIANA KRSTICEVIC

Índice

Nota de los Coordinadores	21
Prefacio. La Simetría de los Derechos Humanos son los Deberes..... PILAR DEL RÍO	23
Introdução. A Universalidade dos Direitos Humanos e os Desafios à sua Implementação..... SYLVIA H. STEINER	27
Los parámetros del multiculturalismo en los Derechos Humanos..... ALBERTO HIGALGO TUÑAN	37
La Racionalidad Neoliberal y los Derechos Humanos..... ALEJANDRO TEITELMAN	49
A Projeção do <i>Humano</i> em Tempos de Austeridade: o Esquecimento do <i>Homem</i> ALEXANDRE BERNARDINO COSTA LIA BEATRIZ TEIXEIRA TORRACA	57
Dignidad y Derechos Humanos..... ALFRED DE ZAYAS	63
A Setenta Años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: de la Mediación Liberal a la Propuesta del Bien Común de la Humanidad ... ANTONIO DELGADO BAENA NOELIA CÁMERON NÚÑEZ	69
Críticas ao Consenso Universal Impositivo..... ANTONIO HENRIQUE GRACIANO SUXBERGER	83
Reflexiones sobre la Cultura en la Declaración de Derechos Humanos: Avances o Retrocesos en Materia de Pluralismo Cultural	91
ANTONIO VARÓN MEJÍA	

El Valor Jurídico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.. ASIER GARRIDO MUÑOZ	99
Marco de consenso universal que se ha desarrollado a lo largo del tiempo..... BEATRIZ LONDOÑO TORO	103
Direitos Humanos e Justiça Internacional. Entre os Legados Coloniais e as Lutas pelo Futuro..... BRUNO SENA MARTINS	107
La obligatoriedad Jurídica de la Declaración Universal	113
CARLOS VILLÁN DURÁN	
Declaración Universal de los Derechos Humanos y alternativas al multiculturalismo	123
CARLOS ZAMORA VALDEZ	
Las dimensiones del universalismo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos	129
CARMELO FALEH-PÉREZ	
El derecho al desarrollo y la protección de los derechos económicos, sociales y culturales.....	137
CARMEN QUESADA ALCALÁ	
Após 70 Anos, Direitos Humanos Para Que?	145
CHARLOTTH BACK RICARDO NUNES DE MENDONÇA	
La colonialidad del poder y las diversas exclusiones de los Derechos Humanos	151
DAVID SÁNCHEZ RUBIO	
Acerca de la universalidad y la complementariedad de los Derechos Humanos	159
EDGAR ANTONIO LÓPEZ	

Índice	13
A Trajetória Migratória como Cenário de Análise. Análise do Artigo 13 da Declaração Universal dos Direitos Humanos..... EDILENY TOMÉ DA MATA	165
A Declaração Universal dos Direitos Humanos e seu Espelho: a Declaração Americana de Direitos Humanos e seus Reflexos no Constitucionalismo na América Latina..... EDUARDO MANUEL VAL	173
Contradicciones del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, Derechos del Contribuyente y Derecho Tributario..... ESPERANZA BUITRAGO	183
Multiculturalismo e Universalidade dos Direitos Humanos: Uniformização ou Harmonização? FABIO RAMAZZINI BECHARA	197
Los artículos 28 y 29 de la DUDH: desigualdad, deberes y enfoque estructural de los Derechos Humanos..... FELIPE GÓMEZ ISA	205
Direitos Humanos Universais e Despolitização..... FERNANDA FERREIRA PRADAL	215
Do Multiculturalismo Liberal à Transmodernidade Emancipatória FERNANDA LAGE ALVES DANTAS JOSÉ RIBAS VIEIRA	221
El Derecho en Tiempos de Crisis: los Derechos Humanos Frente a las Estrategias del Nuevo Orden Mundial..... FRANCISCO JOSÉ INFANTE-RUIZ	227
El valor simbólico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos FRANCISCO MAFFIOLETTI CELEDÓN	239
A Declaração Universal de Direitos, as Políticas Identitárias e o Multiculturalismo GISELE CITTADINO	249

Perspectiva Crítica da Declaração Universal dos Direitos Humanos	255
GISELE RICOBOM	
CAROL PRONER	
Os 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: uma Visão da Favela.....	263
JAN CARLOS DA SILVA	
Violaciones a los Derechos Humanos y justicia en la Argentina.....	275
JAVIER AUGUSTO DE LUCA	
La dignidad humana como Fundamento Universal de los Derechos Humanos	285
JAVIER ROLDÁN BARBERO	
Trabajo Social y los Derechos Humanos desde un enfoque crítico: una aproximación al diamante ético	295
JESÚS DELGADO BAENA	
NURIA CORDERO RAMOS	
Los Derechos Humanos en la era de Twitter: la tecnopolítica de los #Re-cientesMovimientosSocialesGlobales.....	301
JESÚS SABARIEGO	
70 anos da Declaração Internacional dos Direitos do Homem: Entre Promessas e Paradoxos	313
JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA	
Setenta Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: da Era dos Direitos aos Tempos Sombrios	319
JOÃO RICARDO WANDERLEY DORNELLES	
Explorando el alcance del interés general: una bisagra entre la protección de la dignidad humana y el desarrollo económico	329
JOEL M.F. RAMÍREZ-MENDOZA	
La dimensión axiológico-programática de la Declaración Universal de los Derechos Humanos	335
JORDI BONET PÉREZ	

Índice	15
Consolidando los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano: la justiciabilidad directa en la sentencia Lagos del Campo y la relatoría DESCA.....	343
JORGE CALDERÓN GAMBOA	
La Declaración Universal de los Derechos Humanos y la diversidad cultural	355
JOSÉ ANTONIO MUSSO	
A Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Jogo de Espelhos Distorcidos da Modernidade	363
JOSÉ CARLOS MOREIRA DA SILVA FILHO	
La dignidad como valor universal de los Derechos Humanos	369
JOSÉ MANUEL SÁNCHEZ PATRÓN	
Desarrollo sostenible e interdependencia de los Derechos Humanos	375
JOSÉ RAFAEL MARÍN AÍS	
Direitos do Homem? A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e os Confins do Homem	385
JOSÉ RIBAS VIEIRA	
DIOGO BACHA E SILVA	
La obligatoriedad y universalidad de la Declaración Universal de los Derechos Humanos	391
JUAN MANUEL DE FARAMIÑÁN GILBERT	
Los Derechos transculturales y la Declaración Universal de los Derechos Humanos	399
JUAN RAMÓN MARTÍNEZ VARGAS	
ANDREA MOSERES FERNÁNDEZ	
Resistência e Direitos Humanos	407
JULIANA NEUENSCHWANDER	
MARCUS GIRALDES	

A Declaração Universal dos Direitos Humanos e seus Vícios de Origem .. LARISSA RAMINA TATYANA SCHEILA FRIEDRICH	417
El desarrollo y los derechos en las últimas tres décadas	423
LAURA VICTORIA GARCÍA-MATAMOROS	
El valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Su aporte a la construcción de sociedades inclusivas	433
LORENA GONZÁLEZ PINTO	
Algunas divagaciones sobre el derecho humano a la Ciencia. A propósito de una conferencia de Mikel Mancisidor	441
LUIS ACEBAL MONFORT	
Valor jurídico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos Actual ¿Un Oxímoron?.....	453
MANUEL ALBERTO RESTREPO MEDINA	
Pensar la Declaración para reinventar los Derechos	457
MANUEL EUGENIO GÁNDARA CARBALLIDO	
Os Direitos Humanos como Direitos Fundamentais nas Constituições Contemporâneas	467
MARGARIDA MARIA LACOMBE CAMARGO	
Repensando el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Relatos de Universalismo y Eurocentrismo	475
MARÍA ANGÉLICA PRADA-URIBE ENRIQUE PRIETO-RÍOS DANIELA SUAREZ VARGAS	
La lucha por los Derechos Humanos en el siglo XXI.....	481
MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE	
A Declaração Universal dos Direitos Humanos entre o Universalismo e o Culturalismo: Mulheres de Atenas ou Geni?.....	491
MARÍLIA ALVES DE CARVALHO E SILVA	

Índice	17
A Declaração Universal sob a Óptica Decolonial: o Paradoxo da Defesa de Populações Dominadas através de Invasões Militares no Contexto Neoliberal	499
MARINA FARACO	
FELIPE DAIER	
La responsabilidad para proteger como norma prescriptiva y la selectividad del intervencionismo humanitario: un análisis comparado	505
MARIO UREÑA	
LUCIA CARCANO	
Um Olhar Decolonial sobre os Direitos Humanos	517
MARTA FERNÁNDEZ	
Universalismo versus relativismo cultural ¿Es la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 parte de la costumbre internacional y por lo tanto obligatoria en su observancia?	523
MÓNICA ROCHA HERRERA	
70 años sin una Declaración Universal de los Derechos Humanos LGBT	531
NICOLÁS EDUARDO BUITRAGO-REY	
VANESSA BONILLA-TOVAR	
La Protección de los Derechos Humanos en la Corte Penal Internacional.	541
OLGA HERRERA CARBUCCIA	
La continua relevancia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el contexto actual	547
PAULO ABRÃO	
RENATA BARRETO PRETURLAN	
A Difícil Tarefa de Globalizar a Declaração Universal dos Direitos Humanos	553
PRUDENTE JOSÉ SILVEIRA MELLO	
Teoria Crítica dos Direitos Humanos: Racionalidade de Resistência	559
RAMIRO ROCKENBACH DA SILVA MATOS TEIXEIRA DE ALMEIDA	
RUBEN ROCKENBACH MANENTE	

El <i>Ius Cogens</i> en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016-2017)	565
RICARDO ABELLO-GALVIS	
Justiça de Transição, Segurança e Desenvolvimento: Reflexões sobre uma Combinação Ambígua.....	575
RODRIGO LENTZ	
El valor de la Declaración Universal de Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	583
SALVADOR CUENCA CURBELO	
La espera por la interdependencia, la indivisibilidad y la interrelación de los Derechos Humanos.....	593
SANDRA GAMBOA RUBIANO	
El multiculturalismo como condición necesaria para el universalismo de los Derechos Humanos.....	599
SEBASTIÁN PRELLER BÓRQUEZ	
MARIONA CARDONA VALLÉS	
O Direito ao Ambiente como Direito Humano: Comentário sobre o Discurso Acadêmico	609
SERGIO GRAZIANO	
CLÓVIS MALINVERNI	
70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: Avanços ou Retrocessos?	615
SIDNEY GUERRA	
Una visión crítica del significado de la DUDH, con especial referencia a los derechos sociales.....	623
TATSIANA USHAKOVA	
A Decolonialidade da Declaração Universal dos Direitos Humanos em Face dos seus Setenta Anos.....	633
TIAGO RESENDE BOTELHO	
ELIANE DUPAS	

Índice	19
Los Derechos Humanos hacia el Derecho a la Ciudad. Participación y Gobernanza	641
VICENTE BARRAGÁN ROBLES	
MANUEL FERNÁNDEZ-GARCÍA	
La DUDH: universalidad, interdependencia e indivisibilidad de derechos en el continente americano	647
VIVIANA KRSTICEVIC	
ALEJANDRA VICENTE	
Epílogo. Reflexiones sobre la irrelevancia del ser humano medio para la transculturalidad neoliberal de la ciudadanía global	655
HÉCTOR OLASOLO	
Anexo. Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho Humano a la Paz	673
ASOCIACIÓN ESPAÑOLA POR EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (AEDIDH)	
Índice de referencias bibliográficas	681

Nota de los Coordinadores

A Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas completa, em 10 de dezembro de 2018, setenta anos. A data simbólica exige dos pesquisadores em direitos humanos uma reflexão crítica a respeito dos avanços e dos limites de um sistema complexo de normas e, principalmente, de valores culturais apoiados na matriz liberal ocidental.

De lá para cá, houve indiscutível avanço institucional e normativo, do qual é exemplo a criação do Conselho de Direitos Humanos, diversos pactos e declarações complementares, órgão específicos, tribunais internacionais, jurisprudência, constituições dos Estados, uma infinidade de instituições pautadas nesse “mínimo ético universal” que, contraditoriamente, não conseguiu evitar um conjunto de catástrofes humanitárias e de violação de direitos.

A primeira década do século XX traz uma reflexão limite para o consenso do pós-guerra, pois a agressividade dos Estados hegemônicos, em aliança com interesses privados transnacionais, põe em cheque a capacidade do sistema protetivo diante das guerras humanitárias e dos tratados internacionais econômicos de nova geração, aqueles que excluem completamente a democracia do processo negociador. Ao mesmo tempo, observamos uma mudança paradigmática no capitalismo mundial, especialmente a partir da crise de 2008, com a austeridade econômica subordinando todas as conquistas ao mercado.

Com esta reflexão inicial, propusemos um desafio aos pesquisadores em direitos humanos, uma compilação de artigos sobre as contradições do Sistema de Proteção Internacional de Direitos Humanos e o fizemos em forma de quatro perguntas-guia que foram respondidas livremente ou que inspiraram textos sobre temas específicos.

As perguntas-guias foram:

- 1) A Declaração é considerada marco de um consenso universal alcançado em 1948 e aprimorado ao longo do tempo. Como compreender o multiculturalismo e os enfrentamentos entre culturas a partir dos valores consagrados no universalismo dos direitos humanos?

- 2) A interdependência, indivisibilidade e inter-relação dos direitos civis, políticos, econômicos, culturais e sociais foram reconhecidas na Conferência de Viena de 1993 como uma complementariedade necessária. Na sua opinião, este avanço foi alcançado na prática?
- 3) Até que ponto as intervenções humanitárias e a própria racionalidade neoliberal se utilizam do discurso ambíguo e ambivalente dos direitos humanos para outros fins?
- 4) Qual a sua opinião a respeito do valor jurídico da Declaração Universal no Direito Internacional dos Direitos Humanos atualmente?

Recebemos mais de setenta textos que abordam a complexidade de consequências advindas de um marco com pretensões universais para a vida humana, aspectos positivos de uma normatividade condutora de formas de vida e organização social, mas também aspectos negativos trazidos pela imposição de uma cultura exógena e uniformizadora de padrões à diversidade e à ecologia de saberes e formas de viver. O resultado é um mosaico de sensações e avaliações, algumas mais normativas, outras que passeiam pela filosofia, antropologia, sociologia, tecnologia, economia e que demonstram a importância de um documento fundador de uma época e que ainda terá grande impacto na história do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Desejamos uma excelente leitura.

Prefacio

La Simetría de los Derechos Humanos son los Deberes

Pilar del Río¹

Quiso el destino que José Saramago recibiera el Premio Nobel de Literatura exactamente el día en que se cumplían 50 años de la proclamación del documento universal que concitó tantas voluntades y esperanzas. El escritor que hizo del humanismo compasivo una forma de estar en la vida dedicó su intervención en la ceremonia de Estocolmo al magnífico momento de concordia que tuvo lugar en 1948, cuando la humanidad se dotó de un instrumento que nacía para ser eficaz. Se preguntó entonces por el estado del mundo cincuenta años después y sugirió, desde la ética de la responsabilidad, la necesidad de una nueva declaración, esta vez suscrita por los ciudadanos que somos. Este fue el discurso de José Saramago el 10 de diciembre de 1998:

Cumpriram-se hoje exactamente 50 anos sobre a assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Não têm faltado comemorações à efeméride. Sabendo-se, porém, como a atenção se cansa quando as asadoseias lhe pedem que se ocupe de asado sérios, não é arriscado prever que o interesse público por esta questão comece a diminuir já a partir de amanhã. Nada tenho contra esses actos comemorativos, eu próprio contribuí para eles, modestamente, com asado asados. E uma vez que a data o pede e a ocasião não o desaconselha, permita-se-me que diga asa umas quantas mais.

Neste meio século não parece que os governos tenham feito pelos direitos humanos tudo aquilo a que moralmente estavam obrigados. As injustiças multiplicam-se, as desigualdades agravam-se, a asadose cresce, a asado alastra. A mesma esquizofrénica humanidade capaz de enviar instrumentos a um planeta para estudar a composição das suas rochas, assiste indiferente à asad de milhões de pessoas pela fome. Chega-se mais asadose a Marte do que ao nosso próprio semelhante.

¹ Presidenta de la Fundación José Saramago.

Alguém não anda a cumprir o seu asad. Não andam a cumpri-lo os governos, porque não sabem, porque não podem, ou porque não querem. Ou porque não lho permitem aquelas que efectivamente governam o mundo, as empresas multinacionais e pluricontinentais cujo poder, absolutamente não democrático, reduziu a quase nada o que ainda restava do ideal da democracia. Mas também não estão a cumprir o seu asad os cidadãos que somos. Pensamos que nenhuns direitos humanos poderão subsistir sem a asados dos deveres que lhes correspondem e que não é de esperar que os governos façam nos próximos 50 anos o que não fizeram nestes que comemoramos. Tomemos então, nós, cidadãos comuns, a asado. Com a mesma veemência com que reivindicamos direitos, reivindicuemos também o asad dos nossos deveres. Talvez o mundo possa tornar-se um pouco melhor.

Não esqueci os agradecimentos. Em Frankfurt, no dia 8 de Outubro, as primeiras asados que pronunciei foram para agradecer à Academia Sueca a atribuição do Prémio Nobel da Literatura. Agradecei igualmente aos meus editores, aos meus tradutores e aos meus leitores. A todos torno a agradecer. E agora também aos escritores portugueses e de língua portuguesa, aos do asado e aos de hoje: é por eles que as nossas literaturas existem, eu sou apenas mais um que a eles se veio juntar. Disse naquele dia que não nasci para isto, mas isto foi-me dado. Bem hajam portanto.

Hasta aquí el breve discurso de José Saramago en la ceremonia de entrega de los Premio Nobel. El escritor portugués aprovechó el tiempo disponible para lanzar la idea que le había hecho escribir “Ensaio sobre a cegueira” y más tarde “Ensaio sobre a lucidez”: la necesidad de ciudadanos activos y conscientes para contrariar inercias canallas que condenan a seres humanos a vidas indignas. Su intervención fue, años después, asumida por la Universidad nacional de México, UNAN, que junto a la Fundación José Saramago convocó a profesionales de distintos lugares del mundo para avanzar en la simetría de la Declaración de Derechos Humanos, sabiendo, desde el minuto uno, que el mismo espíritu congregador y progresista que alentó la declaración de 1948 tendría que sostener el documento de los Deberes Humanos. Si la norma es la ética de la responsabilidad, la conclusión no puede ser otra que asumir el mandato de cuidarnos y cuidar el planeta, nuestra casa y nuestra vida.

El proyecto de documento elaborado por los distintos profesionales del derecho, el pensamiento, la medicina, activistas de nuevas causas o militantes históricos, empresarios, alumnos o profesores, todos ellos mujeres y hombres que no se resignan, ha sido depositado en

Naciones Unidas en abril de este año 2018 como etapa necesaria para que siga su camino, ése que debería concluir, junto a la Declaración Universal de Derechos, en los planes de educación de los distintos países y, sobre todo, en las conciencias de los seres humanos que, tal vez por haber estudiado estos documentos, puedan perder el miedo que les hace ser, tantas veces, indiferentes o resignados.

El proyecto entregado ante las máximas instancias de Naciones Unidas, y recibido en la certeza de que es necesario y urgente, consta de 23 artículos, una introducción y un preámbulo que copio como remate de estas líneas que son solo una rápida aproximación a un asunto de extraordinaria importancia: la Declaración Universal de Deberes Humanos, simetría de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Considerando que los derechos humanos son la mayor conquista jurídica y social de nuestro tiempo para garantizar la dignidad de todas las personas sin distinción alguna de sus condiciones individuales, sociales o culturales,

Considerando la necesidad de reconocer la emergencia de nuevos derechos así como de realizar una lectura actualizada, intergeneracional, relacional y solidaria de los mismos que enfatice debidamente su función social,

Reiterando que los principales obligados al cumplimiento de los derechos humanos son los Estados nacionales y los organismos internacionales y regionales,

Subrayando la importancia de que todos los individuos y las organizaciones cumplan también con tales derechos, atendiendo a las crecientes desigualdades y violaciones a los derechos humanos y a las dificultades de alcanzar las metas planteadas para lograr el desarrollo armónico de la humanidad en su conjunto,

Entendiendo que la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone en su artículo 29 que todas las personas deben cumplir con sus deberes jurídicos respecto a sus comunidades,

Asumiendo que en el cumplimiento de los deberes jurídicos no se agotan las posibilidades de alcanzar el pleno desarrollo de las personas, siendo las obligaciones éticas igualmente indispensables para el sostenimiento de las instituciones democráticas y el Estado de derecho,

Admitiendo la necesidad de que la totalidad de los individuos y organizaciones sociales en que éstos decidan participar deben cumplir sus deberes jurídicos y obligaciones éticas, sin que en ningún caso su incumplimiento pueda servir de pretexto para que el Estado se exima de sus propias obligaciones,

Reconociendo que las personas y los distintos actores sociales pueden tener por su poder, capacidad o función social, diferentes grados de responsabilidad en su contribución a las condiciones de garantía del disfrute de derechos por parte de todos.

DECLARAMOS

Introdução

A Universalidade dos Direitos Humanos e os Desafios à sua Implementação

Sylvia H. Steiner¹

Não há como falar em interdependência, indivisibilidade e interrelação de todos os direitos humanos sem lembrar, antes de mais nada, o discurso proferido por Norberto Bobbio na Conferência de Turim, em 1967, em homenagem ao vigésimo aniversário da Declaração Universal de Direitos do Homem, no qual afirmava e reafirmava a historicidade desses direitos, que nascem quando devem, ou quando podem nascer. Nesse discurso, publicado posteriormente sob o título *Presente e Futuro dos Direitos do Homem*, o filósofo já se mostrava convencido de que (...) *o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los. (...) o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e o seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual o modo mais seguro de garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados* (Bobbio, *A Era ...*, p. 25)².

O discurso e o texto que lhe deu forma, como dito acima, data de período que antecedeu à Conferência Internacional dos Direitos Humanos, realizada em Teerã em 1968, e em mais de duas décadas à Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, que teve lugar em 1993. Entre a publicação do texto e a Conferência de Viena, no entanto, vivemos o período em que, graças ao lento e progressivo arrefecer da Guerra Fria, operou-se um extenso desenvolvimento no Direito Internacional dos Direitos Humanos, com a edição e entrada

¹ Juíza do Tribunal Penal Internacional de 2003 a 2016 (Holanda).

² Bobbio, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Ed. Campos, 1992, 18a. tiragem.

em vigor de um considerável número de instrumentos internacionais de proteção a direitos que, até então, não haviam sido codificados e integrado o ordenamento jurídico internacional. Tal incremento prossegue até os dias atuais.

Assim é que, além dos tratados e convenções em firmados imediatamente no pós guerra —tais como a Convenção contra o Genocídio, de 1948, as Convenções de Genebra, de 1949, e a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951— vieram à luz, entre outros, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1966), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e seu Protocolo Facultativo (1966), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), a Convenção contra a Tortura e Outras Formas de Tratamento ou Penas Desumanas, Cruéis ou Degradantes (1984), a Convenção sobre os Direitos das Crianças (1989), a Convenção sobre a Proteção dos Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias (1990), e, mais recentemente, o Protocolo Facultativo à Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1999), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Crianças Referente à Venda de Crianças, à Prostituição Infantil e à Pornografia Infantil (2000), e o segundo Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Crianças Relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados (2000). Esse o panorama no sistema global, ao qual incluíríamos, pela certeza de que compõem o universo de direitos fundamentais universalmente reconhecidos, a Convenção de Haia para a Proteção de Bens Culturais em Caso de Conflito Armado (1954) e seu Protocolo Adicional (2006), a Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural (1972), a Convenção sobre a Diversidade Biológica (1994) a Convenção sobre Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência e seu Protocolo Adicional (2007), a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e seus dois Protocolos Adicionais, o Protocolo Relativo ao Combate do Tráfico de Migrantes, e o Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças (todos do ano 2000).

No plano regional, mais especialmente no plano regional latinoamericano, além da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, seu Protocolo Adicional de 1988 relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e seu Protocolo Adicional relativo à Abolição da Pena de Morte (1990), vale mencionar a Convenção Americana para Prevenir e Punir a Tortura (1985), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994), a Convenção Interamericana sobre o Tráfico Internacional de Menores (1994), a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência (1999), a Convenção sobre a Diversidade Biológica (1992), e a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (1994).

Como assevera Carvalho Ramos, (Processo Internacional..., p. 33)³ *a estratégia internacional perseguida foi a de ampliar, sem qualquer preocupação com redundâncias (vários direitos são mencionados repetidamente nos diversos tratados), a proteção internacional ao ser humano*. Para o Autor, cada texto novo relativo à proteção internacional dos direitos humanos aumenta a garantias dos indivíduos. Esse constante evoluir da proteção internacional de direitos reconhecidos como fundamentais e universais culmina, sem dúvida, na Conferência Mundial de Direitos Humanos realizada em Viena, em 1993. Pode-se a partir da Conferência afirmar, de maneira definitiva, o reconhecimento da internacionalização desses direitos, e sua justiciabilidade para muito além das fronteiras domésticas de um Estado.

Com sua habitual clareza e profundidade, Cançado Trindade, antes Juiz e Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, hoje Juiz da Corte Internacional de Justiça, busca explicar esse constante processo de internacionalização do direito internacional em geral, e dos direitos humanos em particular, sobre as bases da insuficiência das fontes “formais” do direito internacional, e a lenta adoção das chamadas fontes materiais, das quais a força motriz seria, sem dúvida, a chamada “consciência humana”. Em outras palavras, e de uma forma simples, afirma o fortalecimento do chamado *jus cogens*, o direito das

³ Carvalho Ramos, André. *Processo Internacional dos Direitos Humanos*. S. Paulo: Editora Saraiva, 2016, 5a. ed.

gentes, que põe como fonte material do direito internacional a “consciência universal”, os princípios da “consciência legal da humanidade”, a “consciência legal das nações”, a “consciência internacional”. Assim, o denominador comum daquilo que todas as nações entendem como irredutível e irrenunciável: o respeito e a proteção dos direitos da pessoa humana. Não sem razão, menciona o Autor, uma série de documentos e convenções internacionais referem-se a essa fonte material como base dos direitos neles previstos. A exemplo, cita que os *princípios de humanidade e os anseios da consciência pública são expressamente invocados no Preâmbulo do II Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 1949, na Convenção de 1972 sobre a Proibição de Armas Biológicas e sua Destruição — aqui afirmando que a proibição de tais armas “seria repugnante à consciência da humanidade, no Preâmbulo da Convenção de 1980 sobre a proibição ou restrição no uso de determinadas armas convencionais, entre outras. Por fim, lembra o Autor o Preâmbulo do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional que, em seu segundo considerando, refere-se expressamente à “consciência da humanidade” (Cançado Trindade, International Law for..., pp. 148-9)⁴.*

Consagra-se assim como fonte material de direito internacional a essência da conhecida *Cláusula Martens*, que aparece pela primeira vez no Preâmbulo da II Convenção de Haia, de 1899 — que regula as leis e costumes de guerra — segundo a qual “até que se tenha um código completo que regule as leis de guerra, as Partes Contratantes entendem correto declarar que em casos não incluídos nos regulamentos por elas adotados, a população e as partes beligerantes continuam sob a proteção e o império dos *princípios de direito internacional, os quais resultam dos usos estabelecidos entre nações civilizadas, das leis de humanidade e das demandas da consciência pública*”.

Esse sucessivo processo de internacionalização dos direitos humanos, de um lado, leva-nos à conclusão lógica da universalidade desses direitos. De outro, e em face de precedentes jurisprudenciais da Corte Internacional de Justiça⁵, leva-nos à conclusão de que as normas fun-

⁴ Cançado Trindade, Antonio Augusto. *International Law for Humankind – Towards a New Jus Gentium*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

⁵ Ver, a exemplo, Parecer Consultivo sobre as reservas à Convenção e Repressão ao Crime de Genocídio, Parecer Consultivo de 28 de maio de 1951, ICJ Report

damentais de proteção do direito humanitário, e a proteção das pessoas contra atos de genocídio, são princípios gerais de direito internacional, e, portanto, normas peremptórias, que submetem as nações civilizadas independentemente da ratificação de convênios ou tratados. Ampliando-se o rol de normas peremptórias, o direito a não ser escravizado, a não ser torturado, a não sofrer qualquer forma de discriminação, entre outros, integram o quadro de normas dessa natureza.

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados prevê expressamente, em seu artigo 53, que *é nulo o tratado que (...) conflita com uma norma imperativa de direito internacional. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e só pode ser modificada por nova norma de direito internacional geral da mesma natureza.* Se nos lembrarmos de que a Conferência de Viena de 1993 reuniu mais de 170 Estados, não teremos dificuldades em reafirmar o caráter universalista e, portanto, peremptório, das normas de proteção a direitos fundamentais reconhecidos e aprovados por consenso na Conferência de Viena. Não temos dúvidas pois em afirmar seu caráter de normas de *jus cogens*, uma vez que contém valores essenciais, voltados ao bem comum e reconhecidos pela comunidade internacional como um todo. Portanto, a essas normas aplica-se o artigo 60(5) da já citada Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que prevê a impossibilidade de extinção ou de suspensão da execução de tratados *sobre a proteção da pessoa humana contidas em tratados de caráter humanitário, especialmente as disposições que proibem qualquer forma de represália contra pessoas protegidas por tais tratados.*

Ao lado da constatação da universalidade dos direitos humanos, já não pertine mais a discussão sobre a indivisibilidade dos direitos fundamentais. De há muito a doutrina critica a didática —embora fragmentada e infundada— teoria generacional dos direitos fundamentais. A começar, basta lembrar-se de que determinados direitos, hoje chamados de coletivos, “nasceram” antes dos chamados direitos individuais, tais como aqueles direitos dos trabalhadores reconheci-

1951, p. 22, e Parecer Consultivo sobre a Legalidade do Uso de Armas Nucleares em um Conflito Armado, ICJ Report 1996, para. 79.

dos pela recém criada Organização Internacional do Trabalho (OIT, ou ILO, na sua sigla em inglês), já em 1919.

Igualmente, as Convenções de Genebra de 1949, e a Convenção sobre o Genocídio, de 1948, apesar de entrarem em vigor após a Declaração Universal de Direitos do Homem, vieram para regular a proteção de coletividades ou grupos em situações específicas, e não diretamente a proteção de direitos individuais. Assim é que, segundo a doutrina mais moderna, *os direitos humanos não se substituem ou se sucedem uns aos outros, mas antes se expandem, se acumulam, se fortalecem, interagindo direitos individuais e direitos sociais. (...) O que testemunhamos é o fenômeno não de uma sucessão, mas antes de expansão, cumulação, e fortalecimento dos direitos humanos, a revelar a natureza complementar de todos eles. (...) o Direito dos Direitos Humanos afirma a unidade fundamental de concepção, a indivisibilidade e a justiciabilidade de todos os direitos humanos* (Piovesan, Flavia, *Direitos Humanos e o ...*, p. XXXI)⁶.

Não sem razão, portanto, que a Declaração de Viena, em seu parágrafo 5o., afirme que “todos os direitos humanos são universais, interdependentes e interrelacionados”, à semelhança do que havia sido disposto já em 1948 pela Declaração Universal. A Declaração de Viena ressalta ainda a interdependência entre os direitos humanos, a democracia e o desenvolvimento. Portanto, a indivisibilidade e a interdependência entre os direitos humanos consagrados nas diversas Convenções e Declarações do pós guerra já não pode suscitar discussões doutrinárias, exceto se necessárias para satisfação de trabalhos acadêmicos.

Como enfatiza Carvalho Ramos (*Processo Internacional...*, p. 33)⁷, *a consagração da internacionalização dos direitos humanos no mundo pós Guerra Fria ocorreu na Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, de 1993.*

Há que reconhecer-se que é ainda persistente a discussão sobre alguns dos desafios apresentados à efetiva implementação dos direitos humanos. É nesse âmbito, e somente nele, que vêm à tona, a exemplo, questões que aparentemente opõem universalismo e relativismo cultural. Citado por Piovesan, Boaventura de Souza Santos afirma que

⁶ Piovesan, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. S. Paulo: Editora Saraiva, 2006.

⁷ Carvalho Ramos, André, *Processo Internacional dos Direitos Humanos*, cit.

é necessário superar esse debate, já que *na medida em que todas as culturas possuem concepções distintas de dignidade humana, mas incompletas, haver-se-ia que aumentar a consciência dessas incompletudes culturais mútuas, como pressuposto para um diálogo intercultural. A construção de uma concepção multicultural dos direitos humanos decorreria desse diálogo.* (Piovesan, Flavia, Direitos Humanos e..., p. 60)⁸. De qualquer maneira, e aqui compartilhamos o pensamento de Cançado Trindade e Flavia Piovesan, o diálogo multicultural não permite que nos mantenhamos aquém daquele *mínimo ético irreduzível*, ou seja, a defesa de que as diversas culturas respeitem os princípios básicos da dignidade, da igualdade e da tolerância. A aprovação, por consenso de 171 Estados presentes à Conferência de Viena, da Declaração de Viena, atesta o progresso desse diálogo multicultural. Como relembra Lindgreen Alves, *a reafirmação da universalidade dos direitos humanos foi, por sinal, uma das conquistas mais difíceis da Declaração de Viena. (...) muitos países africanos e asiáticos insurgiram-se, no processo preparatório, contra a própria idéia dos direitos humanos que inspirou o texto de 1948. Algumas delegações chegaram a afirmar, na conferência, que estes correspondiam a uma tentativa de imposição de valores ocidentais sobre o resto do mundo. (...) Em vista de tais posturas, foi um tento extraordinário da Conferência de Viena conseguir superar o relativismo cultural ou religioso ao afirmar, no art. 10. da Declaração, que a natureza universal de tais direitos não admite dúvidas. Quanto às peculiaridades de cada cultura, são elas tratadas adequadamente no art. 5o., onde se declara que as particularidades históricas, culturais e religiosas devem ser levadas em consideração, mas os Estados têm o dever de promover e proteger todos os direitos humanos, independentemente dos respectivos sistemas*⁹.

Outro desafio que enfrenta a efetiva implementação dos direitos humanos seria o do respeito à diversidade e à luta contra a intolerância. Se os primeiros documentos de reconhecimento de direitos fundamentais se dirigiam à pessoa humana de qualquer categoria, a questão da di-

⁸ Boaventura de Souza Santos, Uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos. *Revista Lua Nova*, vol. 38, *apud* Piovesan, Flavia, *opus cit.*

⁹ Lindgreen Alves, José Augusto, O Significado Político da Conferência de Viena sobre Direitos Humanos, *in Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, 27(4): 136-41, out/dez 1993, p. 137.

versidade veio à tona, pois é certo, a intolerância contra determinados grupos tidos por “vulneráveis” tem sido a causa histórica mais comum na base das violações massivas de direitos fundamentais, mesmo no período pós guerra e pós Declaração de Viena. Assim, reconheceu-se que não bastava a proteção, abstrata e genérica, da pessoa humana, mas ao contrário firmou-se o entendimento de que os diferentes devem ser tratados de forma diferente, como único meio de se assegurar a igualdade material entre todos os seres humanos. Como assevera Piovesan, *determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada*. Entre outros grupos, destaca a Autora as mulheres, as crianças, os afrodescendentes, as populações indígenas, os portadores de deficiências, os migrantes. Conclui que *ao lado do direito à igualdade, surge também, como direito fundamental, o direito à diferença* (Piovesan Flavia, *Direitos Humanos e...*, p. 74)¹⁰.

Por fim, e talvez o maior desafio à efetiva implementação dos direitos fundamentais, é o da efetivação dos direitos sociais ou, ainda, o direito ao desenvolvimento, que só pode ser entendido como o desenvolvimento pleno das nações para que tenham condições de implementar e fazer cumprir os direitos sociais individuais e coletivos. Lembra Lindgreen (Lindgreen Alves, *O Significado...*, p. 140) que *um dos maiores êxitos da Conferência foi a obtenção de consenso universal para o reconhecimento do direito ao desenvolvimento como um direito: universal, inalienável, e parte integrante dos direitos humanos fundamentais (art. 10). Embora qualificado como tal desde a Declaração do Direito ao Desenvolvimento de 1986, esse direito não era reconhecido pelos EUA, que votaram contra, e outros países ocidentais que se abstiveram na votação sobre a Declaração na Assembléia Geral, tendo até recentemente questionado o conceito. (...) Criteriosa ao reconhecer tal direito, a Declaração de Viena assinala que a falta de desenvolvimento não pode ser invocada para justificar limitações de outros direitos humanos reconhecidos internacionalmente*¹¹.

O direito ao desenvolvimento importa, sem dúvida, em ações esperadas dos próprios Estados, bem como atos de cooperação inter-

¹⁰ Piovesan, Flavia, *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. S. Paulo: Editora Saraiva, 2017, 7a. ed.

¹¹ Lindgreen Alves, José Augusto, *O Significado Político da Conferência de Viena sobre Direitos Humanos*, *cit.*

nacional como, a exemplo, medidas que diminuam o peso da dívida externa de países pobres, e a luta pelo fim da pobreza extrema. Passa, igualmente, por exigir-se dos Estados a adoção, como parâmetro internacional para o exercício de atividades econômicas, o *human rights based approach*, ou seja —nas palavras de Piovesan— *aquele que ambiciona integrar normas, standards e princípios do sistema internacional de direitos humanos nos planos, políticas e processos relativos ao desenvolvimento* (Piovesan, *Direitos Humanos e...*, p. 66)¹².

Nesse quadro, urge redefinir o papel dos Estados e das organizações e instituições financeiras internacionais —tais como o IMF (ou FMI), a WTO (ou OCD), o Banco Mundial— reforçando suas responsabilidades em face da necessidade de implementar-se os direitos econômicos, sociais e culturais, da manutenção das democracias, da tomada de medidas que reduzam o impacto de dívidas externas, e de outras que reduzam as faixas de pobreza extrema, não deixando assim que a chamada globalização econômica exerça uma força nefasta contra o respeito do direito ao desenvolvimento dos povos e das nações.

Também no setor privado deve-se acentuar, sempre, a sua responsabilidade social, já que é o setor que mais se beneficia do processo de globalização econômica. Assim, *importa encorajar sejam condicionados empréstimos internacionais a compromissos em direitos humanos; sejam adotados por empresas códigos de direitos humanos relativos à atividade de comércio; sejam impostas sanções comerciais e econômicas a empresas violadoras dos direitos sociais, entre outras medidas* (Piovesan Flavia, *Direitos Humanos e...*, p. 72)¹³. Vale ainda notar que, nos últimos anos, tem sido mais frequente a adoção, por empresas nacionais e multinacionais, de mecanismos de *compliance*, antes limitados ao cumprimento das regras internas das empresas e do quadro normativo pertinente, agora ampliando-se para incorporar igualmente determinados padrões éticos de conduta e de responsabilidade social.

Nesse tópico a pergunta que surge: quem é responsável ou responsabilizável por violações a direitos fundamentais por empresas multinacionais ou globais? Uma possível resposta nos é dada por Louis Henkin, em fabuloso artigo publicado por Power e Allison: *mesmo em tempos de*

¹² Piovesan, Flavia, *Direitos Humanos e Justiça Internacional*, cit.

¹³ *Idem*.

globalização, a responsabilidade legal dentro de um Estado permanece com o Estado. Mas os Estados, por si mesmos ou conjuntamente com outros Estados, podem impor obrigações às entidades privadas, incluindo-se aí as multinacionais, em relação ao respeito aos direitos fundamentais, e o sistema internacional deve monitorar e implementar essas obrigações. Estados podem impor obrigações às empresas de respeitar e reforçar os direitos humanos das pessoas afetadas por suas atividades globais. (...) a exemplo, temos a obrigação de um Estado em assegurar que uma empresa sujeita à sua jurisdição e ao seu controle, não importe onde opere, não utilize mão de obra escrava, ou trabalho infantil, evite qualquer forma de cumplicidade em atos de tortura ou mal tratamento ou outras medidas repressivas, e colabore com a implementação dos direitos econômicos e sociais para as pessoas que vivem no lugar onde essas empresas operam (Renkin, Louis, Human Rights and..., p. 33)¹⁴.

Por todo o acima exposto, creio que podemos concluir reafirmando a universalidade, a indivisibilidade e a interrelação entre os já reconhecidos e consagrados direitos fundamentais da pessoa humana. Podemos, ainda, reconhecer o progresso havido a partir da Declaração Universal, passando pela Declaração e Programa de Ação de Viena, e até nossos dias, inclusive através da instalação e efetivo funcionamento de mecanismos de controle e sancionatórios tanto no plano geral como no plano regional. Cremos também que o papel que vem sendo desempenhado pelas organizações não governamentais e por órgãos de imprensa, tanto na verificação das violações, como na denúncia e cobrança de responsabilidades, tem sido uma ferramenta fundamental e indispensável para uma efetiva implementação dos direitos humanos. Por fim, e como bem o assinalam a Declaração e Programa de Ação de Viena, espera-se uma maior e mais constante coordenação do apoio de agências especializadas relevantes, instituições do sistema das Nações Unidas, organizações intergovernamentais relevantes cujas atividades se relacionem com os direitos humanos, para que desempenhem seu papel fundamental na formulação, promoção e aplicação das normas de direitos humanos no âmbito de seus respectivos mandatos e respectivas áreas de competência.

¹⁴ Renkin, Louis, Human Rights: Ideology and Aspiration, Reality and Prospect, *in Realizing Human Rights*. Samantha Power and Graham Allison (editors). New York: St. Martin's Press, 2000 (tradução livre).

Los parámetros del multiculturalismo en los Derechos Humanos

Alberto Higalco Tuñan¹

Este artículo está ordenado a partir de las respuestas a las preguntas-guía recogidas en la metodología presentada por los organizadores—Instituto Joaquín Herrera Flores (IJHF), Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH) y Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH)— para componer esta obra crítico-reflexiva sobre el Sistema Internacional de Derechos Humanos.

La DUDH es considerada como un marco de consenso universal alcanzado en 1948, que se ha desarrollado a lo largo del tiempo. ¿Cómo comprender el multiculturalismo y los enfrentamientos entre culturas a partir de los valores consagrados en el universalismo de los derechos humanos?

Todos los nacidos después de la terminación de la Segunda Guerra Mundial hemos tenido la inmensa fortuna de gozar de una protección de nuestra existencia que, aunque sea formal, nunca antes había existido para todos los especímenes humanos en el planeta Tierra. Ese privilegio, sin embargo, ya no es percibido como tal, al menos desde el quiebre cronológico que supuso la entrada en el siglo XXI bajo el signo del choque de civilizaciones que los atentados terroristas del 11 de septiembre sobre las torres gemelas de New York proyectó mediáticamente sobre una humanidad visualmente dominada por la realidad virtual de las pantallas. En este nuevo contexto de información global es un hecho que la mayoría de las violaciones denunciadas por las ONGs y las agencias internacionales que los protegen están

¹ Profesor jubilado de Filosofía de la Universidad de Oviedo; funcionario del Estado español en el Instituto “Virgen de la Luz” de Avilés y “Alfonso II” de Oviedo.

relacionadas con prácticas racistas y xenóforas, ligadas a diferencias étnicas, culturales o religiosas en los estados multinacionales y/o multiculturales y/o en los procesos migratorios.

Para abordar el problema del multiculturalismo, sin embargo, hay que tener en cuenta las controversias suscitadas por el concepto de cultura desde la época de la Kulturkampf de Bismarck en Alemania a finales del siglo XIX, así como los desarrollos de la antropología cultural en el siglo XX. Es conveniente recordar, además, que la DUDH fue fruto del rechazo general que la barbarie Nazi produjo a mediados del siglo pasado, sobre todo, entre los vencedores del conflicto, quienes, sin embargo, mantuvieron una guerra fría entre sí, uno de cuyos argumentos fue la tensión interpretativa sobre la prioridad de los derechos políticos e individuales sobre los derechos sociales y viceversa. En la siguiente pregunta analizaré por qué los acuerdos de la Conferencia de Viena en 1993 no están produciendo los resultados apetecidos. Aquí me limitaré a analizar teóricamente los tres parámetros que en mi opinión enfrentan los derechos humanos con el multiculturalismo: el parámetro lógico o teórico, el parámetro antropológico y el parámetro jurídico-moral o normativo.

Desde un punto de vista lógico, la fórmula tópica mediante la cual el universalismo de los derechos humanos enfrenta los desafíos del multiculturalismo y los conflictos interculturales obedece al tipo de lógica subyacente: la lógica distributiva que usa el cuantificador “todos” en el sentido individualizado de “cada uno” y con una referencia muy abstracta a la “especie humana”, es la que permite a la DUDH borrar todas las distinciones de sexo, raza y religión, mientras la lógica atributiva que totaliza esferas de población distintas es la que justifica usar la cultura como pretexto para violar esos derechos. Es interesante a este respecto subrayar que el artículo 2 del documento oficial aprobado por la Asamblea General se refiere a *everyone*, mientras el artículo 1 lo hace a los seres humanos (*human beings*). La traducción castellana, por cierto, introduce un elemento más de confusión al verter *everyone* por persona. En lugar de traducir “todo el mundo”, “todos”, o “cada uno”, esta traducción realiza un cambio sutil entre la lógica distributiva y la lógica atributiva, pues reza así: “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición

económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, (añade en un sentido claramente anti-nacionalista y cosmopolita) no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”. El cambio parece inocuo, pero abre la caja de pandora de la confusión, por la sencilla razón de que el término “persona” está tan contaminada culturalmente que en muchas lenguas sólo se concede la categoría de personas a los miembros de la propia comunidad, que resulta ser una condición pre-política de la soberanía. Aunque la intención sea borrar las diferencias que se asocian a la relación de pertenencia de las personas, la sola mención de tal relación instaure y reconozca las diferencias que se pretenden borrar.

La lógica distributiva es universalista e igualitarista por lo que se compeadece bien con el espíritu ilustrado de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con la tradición política y democrática de la revolución francesa, que convierte a los hombres en ciudadanos igualados ante la ley, sin privilegios, castas, ni clases sociales. En cambio, la lógica atributiva contempla todos sociales como la familia, la tribu o la comunidad en la que los miembros individuales son partes de un todo con derechos y deberes diferenciados. Por más que los miembros de una familia se consideren iguales, los roles del padre, la madre, los hijos, esposos o abuelos están socialmente diferenciados. Por eso la fórmula “todos diferentes, pero iguales” que usamos en las ONGs para combatir el racismo y la xenofobia oculta un conflicto entre la ética distributivista que subraya la igualdad y la moral atributivista que enfatiza la diferencia. Todo nacionalismo es particularista y pretende privilegiar a un sector o segmento de la población, pero también los partidos y opciones políticas tienden a marcar a los individuos de forma diferenciada, lo que obliga a la Declaración de los Derechos Humanos a saltar por encima de cualquier diferenciación, incluidas las económicas y las resultantes jurídicamente de las adscripciones nacionales. En este sentido yo mismo he intentado fundamentar una ética global de conformidad con la lógica distributiva apelando a la conciencia de especie que deberíamos tener como seres humanos: “una sola especie, una ética única y universal”.

Ahora bien, la demostración razonada de los errores lógicos en la argumentación de racistas y xenófobos, así como la mera demostración científica (biológica, genética) de que la noción de raza carece de fundamento, no basta para erradicar actitudes y comportamientos basados en emociones y sentimientos pre-políticos, ni garantizar el respeto a los derechos humanos. La extensión de una información científica e ilustrada, siendo imprescindible, no garantiza por sí misma la convivencia ni evita la manipulación ideológica de las emociones y los sentimientos. La Gran Revolución Cultural Proletaria china de 1966 arremetió contra todos los científicos formados en mecánica cuántica, relatividad, etc. por ser burgueses, traidores a la clase obrera y a la dialéctica. Por mucho que los profesores demostrasen a los jóvenes y fanatizados guardias rojos las fallas lógicas de sus acusaciones, no lograron frenar la masacre, ni imponer un comportamiento racional en defensa de los derechos humanos. En la época actual de globalización de la información la crítica ilustrada, aunque incluya una autocritica de la propia civilización productivista y expansionista que ha mercantilizado hasta los mismos productos culturales, no triunfa sino va acompañada de praxis y activismo social.

Por eso es necesario tomar en cuenta el parámetro antropológico para tratar con ecuanimidad los conflictos interculturales que surgen inevitablemente, ya no de los choques civilizatorios, sino de los simples procesos migratorios en nuestra época postcolonial. Como quiera que no se ha cumplido la predicción estructuralista de Lévi-Strauss en *Tristes trópicos* (1955) según la cual las sociedades primitivas, frías o sin historia, siempre acaban siendo fagocitadas o destruidas por las sociedades calientes, civilizadas o con historia, debemos reconocer la variedad de situaciones que han resultado del encuentro o “choque” de poblaciones con lenguajes y tradiciones distintas: genocidios, hibridaciones, mestizajes, asimilaciones, integraciones, etnocidios inversos, barbaries inventadas, terror indiscriminado, torturas institucionalmente toleradas, etc. No cabe adoptar de forma generalizada ni la actitud de la mala conciencia o conciencia desgraciada de los conquistadores (pues no todo encuentro ha perjudicado a los vencidos), ni la del victimismo de los sometidos, invadidos o conquistados.

¿Cómo denunciar los mitos asociados al término cultura y los equívocos ideológicos y violaciones de los derechos humanos de los “otros” en nombre de la “identidad cultural” propia? El reconoci-

miento de las diferencias entre nosotros y ellos suele conllevar afirmaciones acerca de la superioridad de la propia cultura. En la medida en que los derechos humanos tienen una factura cultural ilustrada se asocian, no ya solo con el naturalismo filosófico subyacente, sino con el eurocentrismo o el euro-norteamericano-centrismo: ¿cómo evitarlo? Gustavo Bueno en su libro *El Mito de la Cultura* demuestra los orígenes religiosos de la Idea de cultura como transformación de la idea cristiana de gracia en el proceso de secularización, pero, sobre todo, proporciona herramientas críticas para evitar la atribución apriorística de actitudes moralmente negativas a los que no comparten la propia identidad cultural (Bueno, 2016: 176).

No se trata de negar la existencia de “identidades culturales”, sino de mostrar su naturaleza sintética, porque no se instaura a través de una suerte de auto-reflexión autóctona, sino a través de la diferenciación con respecto a otros pueblos y culturas y porque hay que evitar que se confundan la identidad sustancial con la esencial. Es una trampa pensar la identidad sustancial esquemáticamente, es decir, como una suerte de idealización estilizada de un rasgo esencial característico (por ejemplo, racial) que se impronta invariablemente desde los orígenes de los tiempos en todos los especímenes del pueblo o cultura cuya identidad se postula. La forma de una identidad cultural se ajusta más bien a un sistema que a un esquema, porque resulta de conjuntar ciertos rasgos de naturaleza objetual con otros de naturaleza subjetual o social, de modo que, si se trata de una substancia es ciertamente una substancia compleja, cuando se la mira sincrónicamente sin la historia que lleva a sus espaldas. La famosa definición de cultura que hizo Tylor en 1871: “aquel todo complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho, las costumbres y cualesquiera otros hábitos y capacidades adquiridos por el hombre en cuanto miembro de la sociedad” (Tylor, 1977), se olvida de explicar cómo se ha llegado a construir ese todo complejo en el que han sedimentado materiales antropológicos heterogéneos. De esa mezcla heterogénea se olvidan los miembros de una comunidad cuando atribuyen al conjunto de los suyos todas las virtudes, mientras juzgan a los otros en bloque con tópicos genéricos. Los chistes sobre judíos, catalanes, vascos, polacos, por ejemplo, o los que en América hacen sobre los gallegos revelan el funcionamiento inconsciente de

esos prejuicios prepolíticos, por más que se acepten diferencias individuales y se practique una amplia tolerancia con los propios.

¿Cómo evitar las generalizaciones inductivas y las falacias naturalistas asociadas que incitan al desprecio de las culturas ajenas y a la catalogación de sus costumbres como bárbaras? Entre el mundo de los hechos y el mundo de los valores hay muchas mediaciones, pero eso no impide formular esas mediaciones de forma racional. Lo primero es entender las culturas como sistemas morfodinámicos sometidos a crisis y lisis permanentes y no como bloques monolíticos esféricos. Desde una perspectiva histórica, hay que reconocer la existencia de una multiplicidad de identidades de acuerdo con la metáfora “naturalista” de las culturas entendidas como comunidades de organismos o biocenosis. Ahora bien, el pluralismo de las identidades culturales parece llevar aparejado la tesis del relativismo cultural, en tanto supone la crítica al postulado de una cultura única, absoluta, hegemónica y dominante. Sin embargo, el relativismo cultural que, en cuanto tesis crítica negativa, asociada al pluralismo, tiene un chance epistemológico indudable, comienza a hacer agua cuando se transforma en una tesis positiva asociada a la identificación sustancialista con el carácter absoluto de todas y cada una de las etnias o etnicidades. Gustavo Bueno llama “megarismo cultural” al proyecto de los años setenta de identificar grupos étnicos como núcleos absolutos de reivindicaciones nacionalistas. Esta traducción política de las identidades étnicas, pese a su carácter precario e ideológico, tiene sin duda la virtualidad de parametrizar dinámicamente la propia noción de identidad cultural. La reciente deriva nacionalista catalana en busca de una declaración independentista unilateral es un buen ejemplo de megarismo cultural. Los antropólogos distinguen diversas situaciones que permiten establecer una conexión entre identidad y etnicidad, pero ninguna de ellas se verifica en el caso catalán, pues su patrón bipolar no obedece a una fragmentación de dos grupos étnicos de semejante envergadura y poder.

Es necesario tomar en cuenta el parámetro normativo, en el que están implicados no sólo la ética y la moral, sino también el derecho y la política. Este tercer parámetro posibilita pasar a concebir la identidad nacional como un conjunto de patrones culturales invariantes, de modo que cada esfera cultural, aunque está sometida a un cambio cultural incesante, se pueda postular como originario, anclado en épocas

anteriores míticamente reconstruidas para validar su autoridad en el presente. ¿Cómo hechos empíricos pueden convertirse en normas? La tradición apelaba a la autoridad divina, pero en la modernidad se funda en el consenso democrático o en el pacto social, Ahora bien, entre las disciplinas normativas, ética-política-moral y derecho, hay un conflicto de valores que no se puede obviar. Brevemente, el valor supremo de la ética es la vida, la preservación del cuerpo y su precepto fundamental es “¡No matarás!”. En cambio, el principio fundamental de la moral es la justicia, cuya definición es complicada porque tiene que hacerse en el horizonte del bien común. Aristóteles, que ponía la sociedad o la ciudad por encima del individuo utilizaba el criterio político de la eutaxia, el “buen orden” como criterio de equilibrio u homeostasis que permitía durar más tiempo y de forma equilibrada a una sociedad. Por eso consideraba que la democracia, que era el régimen normativo en la que el poder reposaba sobre las clases medias, era el sistema más equilibrado. El conflicto permanente entre ética y moral se resuelve en el Estado moderno a través del ordenamiento jurídico. En esta situación me parece imprescindible remarcar el carácter ético de la Declaración de los Derechos Humanos. ¿Qué significa eso? Filosóficamente significa romper con las viejas tradiciones que intentan leer y dar un sentido moral a la declaración, pero también implica distinguir la ética del derecho, pues como se sabe bien los derechos humanos solo son protegidos cuando forman parte del articulado de legislaciones nacionales o internacionales.

La interdependencia, indivisibilidad e interrelación de todos los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y el derecho al desarrollo) fueron reconocidas en la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993) como una complementariedad necesaria. En su opinión, ¿se ha consolidado este entendimiento de los derechos humanos en la práctica?

Creo que no, pero no sólo por razones empíricas o históricas, sino porque desde el punto de vista del parámetro normativo, el conflicto de valores entre distintos tipos de derechos no se puede amortizar fácilmente. Una cosa es reconocer que hay una interdependencia o una

interrelación entre los derechos civiles, políticos, económicos, culturales, etc. y otra cosa muy diferente es decir que son compatibles, coherentes o que el vínculo entre ellos sea esencial. Los debates semánticos tienen consecuencias ontológicas como lo demuestra la simple constatación de que cuando everyone borra la referencia a los *human beings* del artículo 1, abrimos el interminable y cada vez más confuso debate sobre los derechos animales. En efecto, la base naturalista de los derechos humanos es lo que abre su reconocimiento a todos los seres vivos corpóreos, pero en cambio los sistemas axiológicos están referenciados a las culturas, cuyas historias y tradiciones son diferentes. Pese a ello, hay que reconocer los avances de la Conferencia de Viena del 93, que, al derribar el muro de incomprensión entre ambos tipos de derechos, los civiles y los socio-económicos, ha permitido, por ejemplo, que China haya acabado aceptando en el siglo XXI las fórmulas occidentales de la Declaración al lograr compatibilizarla con la tradición confuciana.

Por el contrario, el avance en esta reconciliación no puede obviar los retrocesos que se han producido al haber ascendido a primer plano las dimensiones étnicas y religiosas que, al ser vindicadas como derechos, han provocado guerras y conflictos no sólo en el territorio de la antigua Unión Soviética (las repúblicas del Cáucaso y, en particular, Chechenia), así como en África y Asia (Afganistán, Timor, Kurdistán, la India, etc.).

Así pues, la pregunta que sigue abierta después de Viena es: ¿Cómo hacer compatibles los derechos humanos (civiles y sociales) con el reconocimiento de las identidades culturales de los pueblos? Una respuesta positiva exige regresar a la escala etológica para establecer los parámetros que permitan diferenciar lo humano de lo animal. Para ello hay que superar el naturalismo y el positivismo morales concediendo a los sujetos humanos una dimensión trascendental que vaya más allá de la valoración de la vida en sí. ¿Qué es lo específicamente humano que le confiere derecho a una protección especial? En la obra arriba citada, Gustavo Bueno da la siguiente respuesta: “Y lo específico de la cultura humana frente a las culturas animales no hay que ponerlo en sus factores o capas (intrasomática, intersomática, extrasomáticas) sino en las proporciones, en los ángulos entre ellos y en las figuras resultantes según sus relaciones características. Y acaso lo más característico y nuevo de las culturas objetivas humanas son dos

cosas vinculadas por lo demás entre sí: su dimensión normativa y su dimensión histórica” (Bueno, 1996: 176).

Hay que agradecer a Gustavo Bueno su radical e insobornable denuncia filosófica del panfilismo y del irenismo político como síntomas de idealismo metafísico, y su denuncia del eticismo absolutista que quiere arrasar las diferencias de plano y los inevitables conflictos entre ética, moral, política y derecho, pero esa problematización nos retrotrae a situaciones donde el conflicto ideológico parece inevitable y la toma de partido, imprescindible.

¿Hasta qué punto las intervenciones “humanitarias” y la propia racionalidad neoliberal utilizan el discurso ambivalente de los derechos humanos para otros fines?

No creo que se trate solo de ambivalencias conceptuales, sino de conflictos axiológicos reales y de prácticas explícitas de violación de los derechos humanos. Los desajustes entre las declaraciones formales de derechos humanos y las prácticas políticas forman parte del proceso histórico mismo en que todos estamos envueltos. Son muchos los que interpretan que la caída del socialismo real no sólo ha debilitado la posición intermedia de las socialdemocracias, sino que ha dejado al neoliberalismo el campo libre para campar por sus fueros. Peter Berger habla sin ambages de la revolución capitalista e incluso está dispuesto a atribuirle la erradicación de la pobreza, pero lo que llevamos de siglo XXI parece haber conducido a un incremento exponencial de las diferencias entre ricos y pobres. El hecho es tan evidente que hasta el Foro de Davos de este enero de 2018 ha elegido como uno de los temas básicos el de la renta básica para todos como un procedimiento para paliar las desigualdades. Pero Davos es un gran negocio, de modo que allí ha tenido más éxito el vendedor capitalista, incidentalmente presidente de Estados Unidos, Donald Trump con su lema “América, primero”.

El profesor Samuel Moyn de la Universidad de Yale lleva algún tiempo investigando las relaciones históricas entre el ascenso del discurso de los derechos humanos y el triunfo de la globalización neoliberal, coincidencia señalada por algunos marxistas. Manuel Wallerstein, por ejemplo, arguye que, si todos los hombres gozasen de

derechos humanos y todos los pueblos de la libertad que proclama la DUDH, entonces el sistema capitalista actual sería insostenible. Sin embargo, las dos grandes organizaciones mundiales de defensa de los derechos humanos, Amnistía Internacional y Humans Rights Watch, que son anglosajonas, critican ácidamente la explotación capitalista y suelen reclutar a sus miembros entre socialdemócratas (del partido demócrata en USA y de los socialistas en Europa). Sus informes ponen en entredicho a los regímenes autoritarios, al margen de sus credos económicos. La expulsión de Humans Rights Watch efectuada por Maduro en Venezuela, por ejemplo, no ha alcanzado un crédito mayor que el que consiguió Bush Jr. cuando en 2004 justificó su invasión de Irak alegando que él había hecho más que ningún otro en defensa de los derechos humanos.

Así pues, es evidente que el discurso y el problema de los derechos humanos exigen posicionamientos ideológicos claros al respecto. Por mi parte, estoy de acuerdo con el Manifiesto a favor de los derechos humanos de Julie Wark (2013) cuando arguye que los derechos humanos conciernen a la naturaleza humana y son forzosamente universales por eso mismo, de modo que su defensa debe liberarse del discurso cínico y particularista en el que se desenvuelve la economía política, que, por más que lo pretenda, no alcanza los estándares de cientificidad de las ciencias físicas. Wark también propone una renta básica para garantizar las condiciones materiales de existencia de todos los seres humanos. Por otro lado, es indudable desde Aristóteles que el hombre es un animal social y que es un derecho básico de todos los especímenes gozar de esa condición material de existencia hasta tal punto que todos los demás derechos, incluido el de la dignidad humana, dependen de esta condición. De ahí se sigue que una administración adecuada de los recursos del planeta exige hacerlo en beneficio de todos los seres humanos y, desde este punto de vista, son condenables tanto la apropiación indebida de los recursos en beneficio de unos pocos, como el austericidio que se ha aplicado como política para salir de una crisis que trata de explicarse diciendo que hemos vivido por encima de nuestras posibilidades. Que las políticas económicas neoliberales se oponen radicalmente a los derechos humanos se hace más evidente al comprobar cómo se suicidan muchos seres humanos sometidos a tal régimen de explotación, cómo se desplaza a masas campesinas en favor de terratenientes, cómo se explotan recur-

sos hídricos comunitarios y cómo se imponen políticas económicas que atentan directamente a la supervivencia de poblaciones enteras.

Esta última circunstancia amerita una reflexión sobre la forma específica en la que se llegó a formular la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948. Pero ya no tengo espacio para contar esa historia.

¿Cuál es en su opinión el valor jurídico de la DUDH en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos actual?

Para mí, que no soy jurista de profesión, son relevantes tanto la dimensión normativa como la dimensión histórica de la DUDH. El hecho de que una gran parte de los derechos desgranados por ella se hayan plasmado en los preámbulos de las constituciones democráticas más avanzadas me parece un logro histórico jurídico sin precedentes y me congratulo por ello.

La Racionalidad Neoliberal y los Derechos Humanos

Alejandro Teitelman¹

Este artículo está ordenado a partir de las respuestas a las preguntas-guía recogidas en la metodología presentada por los organizadores—Instituto Joaquín Herrera Flores (IJHF), Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH) y Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH)— para componer esta obra crítico-reflexiva sobre el Sistema Internacional de Derechos Humanos.

La DUDH es considerada como un marco de consenso universal alcanzado en 1948, que se ha desarrollado a lo largo del tiempo. ¿Cómo comprender el multiculturalismo y los enfrentamientos entre culturas a partir de los valores consagrados en el universalismo de los derechos humanos?

La DUDH fue aprobada por la Asamblea General de la ONU en diciembre de 1948. Obtuvo 48 votos a favor, ningún voto en contra y 8 abstenciones (URSS, Bielorrusia, Ucrania, Checoslovaquia, Polonia, Yugoslavia, Sudáfrica y Arabia Saudí). Dos Estados (Honduras y Yemen) no participaron en la votación. Los países socialistas se abstuvieron considerando que la persona es un ser social y, por lo tanto, los derechos que hay que garantizar son ante todos los derechos colectivos. Además, los países socialistas daban una enorme importancia al principio de la soberanía estatal, prioritaria sobre los derechos humanos. Los derechos humanos los consideraban un asunto esen-

¹ Abogado; diplomado en relaciones económicas internacionales en el Instituto de Estudios del Desarrollo Económico y Social de la Universidad de París I; fue representante de 1985-2006 de la Federación Internacional de Derechos Humanos y de la Asociación Americana de Juristas ante los organismos de la ONU.

cialmente de la jurisdicción interna de los Estados, y, en consecuencia, la comunidad internacional no podía intervenir y criticar su conculcación en un determinado país. Por el contrario, la postura de los países occidentales, en especial Francia, Estados Unidos y Gran Bretaña, se distinguía por una decidida defensa de los derechos individuales de carácter civil y político, las libertades clásicas de las democracias occidentales.

Arabia Saudí se abstuvo por su desacuerdo en particular con dos artículos: el 16 (matrimonio sin discriminación y con consentimiento de los cónyuges) y el 18 (derecho a cambiar de religión) y Sudáfrica, coherente con el sistema de apartheid vigente en dicho país y por su radical desacuerdo con la inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales.

La mayoría de los países del Tercer Mundo seguían aún colonizados, por lo que ni formaban parte de las Naciones Unidas ni participaron en los debates, con la salvedad de los latinoamericanos, que además realizaron algunas aportaciones significativas.

Lo cierto es que la DUDH fue un compromiso positivo donde en forma de declaración (aunque posteriormente se ha sostenido el carácter vinculante de su contenido), figuran todos los derechos humanos de la persona, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales, así como los recursos para hacerlos valer.

Pero en la DUDH no figuran los derechos colectivos, entre ellos el derecho a la libre determinación de los pueblos ni a que éstos dispongan libremente de sus riquezas y recursos naturales, que recién fueron consagrados como normas explícitamente vinculantes en el PIDCP y en el PIDESC, bajo el impulso de los nuevos Estados surgidos del proceso de descolonización.

En el año del setenta aniversario de la proclamación de la DUDH, salvo cortos periodos, el balance no puede ser más negativo, pues la tendencia general ha sido la violación sistemática y casi permanente de todos y cada uno de los derechos consagrados en la Declaración: guerras de agresión, matanzas, torturas, discriminaciones raciales, sexuales, sociales, religiosas y culturales, terrorismo, reducción acelerada y violación, a escala mundial, de los derechos políticos, económicos, sociales, ambientales y culturales.

Es inútil pretender atribuir a algunos Estados e Instituciones en particular la responsabilidad de tales violaciones pues éstas han sido —y son— universales, cualquiera sea la orientación política, social, cultural o religiosa de los sistemas implicados.

De modo que el multiculturalismo y los enfrentamientos entre culturas no son suficientes para explicar este balance negativo de la DUDH, porque las violaciones de todos los derechos humanos se han cometido y se siguen cometiendo tanto en nombre de culturas y religiones que niegan explícitamente muchos de los derechos consagrados en la DUDH, como en nombre de ideologías y culturas que —con total hipocresía— invocan tales derechos.

La interdependencia, indivisibilidad e interrelación de todos los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y el derecho al desarrollo) fueron reconocidas en la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993) como una complementariedad necesaria. En su opinión, ¿se ha consolidado este entendimiento de los derechos humanos en la práctica?

Decididamente no. Ciertamente los derechos humanos, no sólo son interdependientes sino indivisibles porque, como bien se ha dicho, “los derechos humanos no son más divisibles que el ser humano mismo”.

Así lo entendió la Asamblea General de la ONU, cuando se pensaba elaborar un sólo Pacto Internacional que abarcara los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. La Asamblea General adoptó en su quinto período de sesiones en 1950 una resolución donde se decía: “el goce de las libertades civiles y políticas, así como el de los derechos económicos, sociales y culturales son interdependientes” porque “en el caso de que el ser humano se encuentre privado de los derechos económicos, sociales y culturales no representa la persona humana que la Declaración Universal considera como el ideal del hombre libre”. Pero en la práctica se han privilegiado (verbalmente) los derechos civiles y políticos y se han

relegado —cuando no ignorado— los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Pese a que la relación entre las diferentes categorías de derechos humanos no se agota en las nociones de interdependencia e indivisibilidad, pues incluye también lo que se ha dado en llamar la “permeabilidad”, es decir la posibilidad de invocar la violación de derechos civiles como consecuencia de la violación de ciertos derechos económicos y sociales.

¿Hasta qué punto las intervenciones “humanitarias” y la propia racionalidad neoliberal utilizan el discurso ambivalente de los derechos humanos para otros fines?

Aunque se llamaron también “intervenciones humanitarias”, las guerras coloniales de las potencias europeas en el siglo XIX en África, las intervenciones directas de las grandes potencias en terceros países en los siglos XX y el actual heredaron esa denominación. O la de “injerencia humanitaria”.

Y cuando el argumento de la “intervención humanitaria” directa es difícilmente digerible por la opinión pública o puede tener un costo político demasiado alto, las intervenciones se promueven y se llevan a cabo por intermediarios internos mediante golpes de Estado, asesinatos de líderes populares o “revoluciones” de distintos colores.

La lista es interminable y se pueden citar algunos ejemplos.

- En 1953, golpe de Estado en Irán contra el gobierno del Dr. Mossadegh, que había nacionalizado el petróleo, contrariando así los intereses de la Anglo-Iranian Oil Company. Después del golpe, un consorcio de ocho compañías (estadounidenses, inglesas y holandesas) retomó el control del petróleo.
- En 1954 una acción militar obligó a renunciar al presidente constitucional de Guatemala, Jacobo Arbenz, durante cuyo gobierno se habían realizado importantes reformas económicas y sociales en beneficio de los sectores más desfavorecidos de la población, entre ellas la reforma agraria. La United Fruit Company (que después pasó a llamarse Chiquita Brands), con

enormes intereses en América Central, desempeñó un papel de primer plano en el derrocamiento de Arbenz.

- A principios de 1963 fue elegido Juan Bosch presidente de la República Dominicana en las primeras elecciones libres después de la dictadura de Trujillo. El gobierno de Bosch inició inmediatamente reformas sociales y políticas a favor de los sectores de la población más desprotegidos: trabajadores, campesinos, mujeres, etc. En septiembre del mismo año fue derrocado por una rebelión militar. En abril de 1965 otra rebelión cívico-militar encabezada por el coronel Caamaño intentó restablecer en su cargo a Bosch. Pero Estados Unidos puso fin a la insurrección enviando a territorio dominicano 42 mil “marines”.
- En 1973 fue derrocado el gobierno constitucional de Chile resultando muerto el Presidente, Salvador Allende. La intervención de la empresa transnacional International Telephone and Telegraph (ITT) en la promoción y financiación del golpe de Estado ha quedado ampliamente demostrada, como así también la intervención directa del Gobierno de los Estados Unidos y de su Agencia Central de Inteligencia (CIA).
- Los años de gobierno del Frente Sandinista de Liberación Nacional en Nicaragua (1979-1990), fueron un intento de aplicar un modelo propio de desarrollo humano, con cierto número de realizaciones en su activo (reforma agraria, educación, alimentación, etc.), pero la guerra económica, militar y paramilitar que libró Estados Unidos contra los sandinistas, que dio lugar incluso a una sentencia condenatoria de la Corte Internacional de Justicia (Asunto de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de ésta. Nicaragua c. Estados Unidos de América) modificó radicalmente el curso de los acontecimientos.
- Cuando Aristide asumió el Gobierno en Haití en febrero de 1991, propuso aumentar el salario mínimo de 1,76 a 2,94 dólares por día. La Agencia para la Inversión y el Desarrollo de los Estados Unidos (USAID) criticó esta iniciativa, diciendo que significaría una grave distorsión del costo de la mano de obra. Las sociedades estadounidenses de ensamblado radicadas en Haití (es decir la casi totalidad de las sociedades extranjeras)

concordaron con el análisis de la USAID y, con la ayuda de la Agencia Central de Inteligencia, prepararon y financiaron el golpe de Estado de setiembre de 1991 contra Aristide. Como la reacción internacional (el embargo) y el caos interno paralizaron las labores de las empresas estadounidenses en Haití, las tropas estadounidenses restablecieron a Aristide en el Gobierno en octubre de 1994 y aseguraron al mismo tiempo la impunidad y un confortable retiro a los jefes militares golpistas. En 2004 se repitió el libreto de 1991, con un Aristide políticamente desprestigiado, sitiado económicamente por Estados Unidos y asfixiado por el Fondo Monetario Internacional. Esta vez la expulsión de Aristide fue orquestada por Estados Unidos con Francia como segundo violín y legitimada ex post facto por el Consejo de Seguridad.

- En África durante el período de la descolonización y de los movimientos de liberación nacional surgieron líderes como Patrice Lumumba en la República Democrática del Congo, Kwame Nkrumah en Ghana, Amílcar Cabral en Guinea Bissau, Jomo Kenyatta en Kenya y más tarde Thomas Sankara en Burkina Faso, quienes bregaron por una vía independiente para sus pueblos, contraria a los intereses de las ex metrópolis y de sus grandes empresas. Todos ellos fueron derrocados o asesinados, como fueron los casos de Lumumba, Cabral y Sankara, y reemplazados por dirigentes dictatoriales, corruptos y fieles a las grandes potencias neocoloniales. Algunas grandes potencias, en particular Estados Unidos y Francia aportaron su “savoir faire” para la eliminación de esos dirigentes populares.
- Otros ejemplos más recientes son, entre otros, los de las intervenciones militares en Irak, Libia y Siria, las guerras étnicas en África sobre fondo de disputas por el control de recursos naturales estratégicos, lo que ha dado lugar a la dislocación de Estados y a las consiguientes catástrofes humanitarias, entre ellas la de los miles de desplazados que —intentando ponerse a salvo— mueren ahogados en el Mediterráneo ante la indiferencia, cuando no la reacción xenófoba de los países europeos.

¿Cuál es en su opinión el valor jurídico de la DUDH en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos actual?

El enorme valor jurídico de la DUDH en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es indiscutible. Por un lado como instrumento universal vinculante y por otro como núcleo central no sólo de la llamada Carta Internacional de los Derechos Humanos, que incluye el PIDCP y el PIDESC, sino de todos los demás Pactos y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos.

Pero es imprescindible establecer la diferencia entre su valor jurídico y su valor en la práctica que, como se ha visto, es virtualmente nulo, dado que sus enunciados son violados sistemáticamente.

La explicación de esta contradicción abismal entre la DUDH y otras normas jurídicas internacionales y los hechos, hay que buscarla en lo que la tercera pregunta denomina “racionalidad neoliberal” que no es otra cosa que un sistema, el vigente, basado en la lógica del beneficio de una ínfima minoría dueña de los instrumentos y medios de producción y de comunicación materiales e inmateriales en detrimento de todos los derechos de las grandes mayorías, incluidos el de informarse objetivamente, de ejercer las libertades democráticas y de tomar realmente parte en las decisiones políticas primordiales en todos los órdenes: institucionales, económicos, sociales, culturales, ambientales, etc.

Cada vez aparece más claro que en las condiciones del sistema vigente, no ha quedado espacio alguno para la participación popular en las decisiones, pues las instituciones estatales e interestatales son ahora totalmente funcionales a la reproducción y preservación del sistema y han quitado toda sustancia a la llamada democracia representativa o delegativa.

Dicho de otra manera, para cerrar la brecha entre la DUDH y la realidad de los hechos, hay que hacer saltar el cerrojo que implica el sistema vigente.

A Projeção do *Humano* em Tempos de Austeridade: o Esquecimento do *Homem*

Alexandre Bernardino Costa¹

Lia Beatriz Teixeira Torraca²

Há setenta anos, aqueles que tomaram a Declaração Francesa dos Direitos do *Homem* e do Cidadão (1789) como modelo para apaziguar um mundo dividido, após 6 anos de uma sangrenta guerra, não perceberam a armadilha disposta na decisão que deixou para trás o *Homem* da modernidade para dar lugar ao *Humano* da pós-modernidade. Um *homem* que fora moldado pelas linhas do direito de resistência à opressão, um *humano* desenhado pela crença numa ilusória liberdade. Uma declaração que nascia junto com o neoliberalismo, reflexo da ansiedade do pós-guerra em preencher o vazio da culpa e do remorso. É nesse contexto que se revela a origem da ambiguidade do discurso dos direitos humanos. Para tornar-se paradigma, o neoliberalismo transformou aquele *homem* forjado na modernidade em um sujeito ávido a consumir, ainda que fosse sua própria humanidade. Um *humano* aprisionado pela opressão dos seus desejos, uma liberdade confiscada pelo império do capitalismo neoliberal.

O modelo neoliberal surgiria, então, como reação teórica e política contra o estado intervencionista e de bem-estar, conforme ressalta o historiador inglês Perry Anderson (Anderson, 1998: 9), inspirado em Friedrich Hayek, um dos principais críticos ao trabalhismo inglês, chegando a compará-lo ao nazismo alemão. Segundo Hayek, os adversários eram o Estado de bem-estar europeu e o New Deal norte-americano. Criou-se, assim, a Sociedade de Mont Pèlerin, uma

¹ Alexandre Bernardino Costa é Professor da Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília. Membro do Núcleo de Estudos para a Paz e os Direitos Humanos da mesma Universidade. É coordenador do Grupo de Pesquisa “Movimento Direito” e integra outros grupos no Brasil.

² Lia Beatriz Teixeira Torraca é Doutoranda do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (Brasil).

espécie de maçonaria liberal, que tinha, dentre seus afiliados, Milton Friedman, Karl Popper, Lionel Robbins, Ludwig Von Mises, Michael Polany, dentre outros. Uma *sociedade* que projetou a fórmula para esquecer os tempos sombrios da guerra e começar o que deveria ser um novo ciclo. Mais um ciclo de “esquecer e repetir”, como o Professor da Università del Salento, Raffaele De Giorgi, acredita ser o processo que marca a própria sociedade.

Para resolver os conflitos gerados pelo modelo neoliberal, a austeridade fiscal passou a ser informada como a contenção necessária, a alternativa única para o pagamento da dívida pública. Dívida contraída em nome do *homem*, jamais em benefício do *humano*. Porém uma dívida que faz parte da própria lógica do modelo pautado no consumismo. Temos, então, a alternativa que enxerga como gasto aquilo que significa investimento. Ou seja, a austeridade pode produzir exatamente aquilo que pretende evitar, daí alguns economistas divergirem quanto à fórmula de pagamento da dívida pública, principalmente por constatarem que as políticas de austeridade agravam os problemas que ensejaram as medidas, pois as contas públicas não são como o orçamento doméstico, cujo equilíbrio pode ser restaurado com “o aperto de cintos”, como geralmente a grande imprensa informa (Belluzzo, 2015: 6).

Ao contrário do discurso uníssono de que não há alternativa, economistas de diversos matizes afirmam que há, sim, outras saídas possíveis. Podem-se exemplificar como austeridade para os sonegadores de impostos, acumuladores de grandes fortunas e aos que recebem grandes heranças. Existem alternativas tributárias que não onerariam ainda mais a classe trabalhadora, que já paga proporcionalmente mais impostos do que a classe média alta e os ricos.

Portugal é a prova da existência de alternativas quando, ao final de 2015, um novo governo socialista assumiu o governo, apoiado pelos partidos da esquerda radical, e deixou para trás os atrasos provocados pelas medidas de austeridade. Uma alternativa criada pelo primeiro ministro de Portugal, Antonio Costa, que decidiu romper com as políticas de austeridade, que segundo ele, havia levado o país a retroceder pelo menos três décadas. Ao contrário das fortes críticas fundamentadas nas semelhanças com o fracasso da experiência grega, as decisões tomadas pelo novo governo se mostraram acertadas já no

início de 2016, tanto no aumento nos índices de crescimento quanto dos investimentos corporativos. O sucesso português se apresenta como modelo, tanto para a Europa quanto para todos os países que ainda insistem nas políticas de austeridade, que já comprovaram só recrudescerem os problemas econômicos e sociais.

Mesmo tendo exemplos como o da Espanha, que aponta a precariedade do mercado de trabalho como um dos efeitos da política de austeridade, ainda há quem aposte nas medidas de austeridade, como Brasil e Inglaterra; esta última, talvez por ter sido o berço do modelo neoliberalista, conforme salienta Paul Krugman, prêmio Nobel de economia e colunista do *The New York Times*, ao observar que “[...] a ideologia austera que dominou as discussões da elite colapsou e que dificilmente alguém ainda acredita nela, e que há uma grande exceção, a coalizão que ainda comanda a Inglaterra — e a maioria da mídia britânica”³, comprovando que a razão para manter-se alinhado à linguagem econômica da austeridade seria muito mais política do que baseada em análises econômicas, como restou evidente com o processo político do Brexit.

São decisões atualizadas daquelas tomadas nos anos 1980, quando Ronald Reagan, nos Estados Unidos, e Margareth Thatcher, na Inglaterra, tornaram a política de austeridade símbolo de combate à desaceleração econômica ocorrida na década de 1970. A causa alegada seria a sobrecarga democrática distributiva, que geraria desequilíbrio econômico, fonte de inflação e baixo crescimento. Os Estados gastadores e os sindicatos ultraprotetidos seriam os principais vilões desse roteiro. Um roteiro que expunha uma classe capitalista associada a uma classe média, trabalhadores desorganizados e desempregados lutando contra sindicatos, empresas protegidas e partidos políticos com viés social, refletido no aumento da criminalidade, no ataque a valores religiosos e aos bons costumes, e na crise de autoridade. Terreno fértil para um conservadorismo político autoritário, que se manifesta por um Estado mínimo na economia e máximo no controle social, o que parece repetirmos em pleno século XXI.

³ Informações disponíveis nas páginas: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/tldr2017_en.pdf; <https://nacoesunidas.org/onu-pede-fim-da-austeridade-fiscal-e-ousadia-para-reequilibrar-economia-global/amp>.

Já na década de 1990, a batalha ideológica foi monitorada nos países periféricos pelo FMI e pelo Banco Mundial, que rezavam pela cartilha do neoliberalismo. Somado a isso se deu o chamado “Consenso de Washington”, que viria a uniformizar a política econômica neoliberal a ser aplicada nos países periféricos do capitalismo global, por parte das agências de desenvolvimento, com corte de impostos e privatização de empresas públicas. A partir de 1997, crise após crise, o neoliberalismo passa adotar o chamado estado permanente de austeridade global. Essa classificação foi ganhando corpo no vocabulário dos economistas do mercado.

O capitalismo mundial sofre uma profunda crise em 2008. Uma crise que, ao invés de fazer com que o sistema tivesse uma revisão de seus fundamentos, provocou o aumento da exigência de ajuste fiscal para os países que estivessem em situação de fragilidade econômica e endividamento público. A pauta extrema da austeridade fiscal passa a ser, então, uma exigência para muitos países, em especial, para Grécia, Portugal, Espanha, Itália. A Europa passa a provar o remédio que por anos foi ministrado aos países da América Latina, que Ulrich Beck, sob uma perspectiva profética, ironicamente chamou de “Brasiliанизação” (Beck, 1999: 277).

A austeridade volta a ser o discurso dominante, elaborado apenas em favor do chamado “mercado”, apesar de declarar que agiria em favor “da sociedade”. Porém, o mercado não é a representação da sociedade civil; ao contrário, é um grupo de multimilionários, investidores, especuladores, rentistas, seus funcionários, economistas-chefes de bancos e fundos, jornalistas de economia e seus associados no exterior (Belluzzo, 2015: 20).

A sociedade da austeridade, de acordo com Antonio Casimiro Ferreira (Ferreira, 2012), vem a ser o modelo segundo o qual os indivíduos passam a responder pelos supostos erros do passado —erros que provavelmente aquele *humano* não cometeu. Nesse modelo é necessário o sacrifício das famílias e das organizações, que devem abrir mão dos seus direitos sociais em favor do livre mercado, na esperança de que o medo seja afastado para que ocorra o desenvolvimento econômico, ainda que seja às custas da coesão social.

Os elementos determinantes da política econômica de austeridade são notadamente mais políticos e têm consequências tanto mais

jurídicas que econômicas. De forma clara, a austeridade ataca diretamente o sistema público de previdência e de benefícios sociais, bem como a legislação trabalhista, gerando o efeito contrário ao declarado em suas propostas, ou seja, é possível observar um colapso social ante ao desmonte da estrutura que atende aqueles que não podem suportar os custos principalmente de saúde e educação. A opção pela austeridade é a opção pela supressão desses investimentos sociais e, conseqüentemente, de direitos fundamentais, optando por afirmar o lucro, o que acaba por reproduzir um capitalismo cada vez mais excludente, provocando o retorno à pobreza de milhões de pessoas. Esse estado de austeridade põe fim aos direitos fundamentais sociais para os cidadãos, funcionando como um estado assistencial para os ricos e as grandes empresas, dirigindo —por meio de crédito, financiamento direto ou isenções fiscais— dinheiro para manutenção do lucro. O resultado é o recrudescimento da desigualdade social e econômica, como também da divisão social. Uma divisão alimentada por questões como o racismo e o que Cortina denomina como aporofobia, termo que passou a ser reconhecido na Espanha como tipo penal (Cortina, 2017: 36).

Para Richard Kozul-Wright, responsável pelo Relatório da UNCTAD⁴, a desigualdade e a instabilidade do Mercado estão conectadas à hiperglobalização, acarretando insuficiência de investimento produtivo, precariedade do emprego e enfraquecimento da proteção social. Richard ressalta duas das principais tendências das últimas décadas, quais sejam, a explosão do endividamento e a ascensão das “supere-lites”, relacionadas à desregulação dos mercados financeiros, à ampliação das desigualdades na propriedade de ativos financeiros e ao foco nos retornos de curto prazo, segundo a matéria veiculada pela ONU Brasil que apresenta o relatório da UNCTAD. O documento chancelado pela ONU alerta que a insistência na política de austeridade e equivocada avaliação do sucesso das políticas pelo preço dos ativos e pelos níveis de lucro, com setores vitais sob o domínio do grande negócio, poderão significar o agravamento das desigualdades. A recomendação da construção de uma economia inclusiva orienta

⁴ Informações disponíveis nas páginas: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/trdr2017_en.pdf; e <https://nacoesunidas.org/onu-pede-fim-da-austeridade-fiscal-e-ousadia-para-reequilibrar-economia-global/>

para um programa mais rigoroso e abrangente, capaz de enfrentar as assimetrias seja em nível doméstico ou internacional, considerados o conhecimento tecnológico, poder de mercado e influência política. Em resposta às afirmações desacreditando alternativas aos modelos de austeridade, o trabalho desenvolvido pela UNCTAD aposta em um novo pacto global para construir economias mais inclusivas e solidárias, que, segundo a matéria da ONU Brasil, com velocidade e escala suficientes combinariam recuperação econômica, reformas regulatórias e políticas de redistribuição de renda, retomando os aspectos exitosos do New Deal dos anos 30, tais como a redistribuição do poder, dando voz a grupos hipossuficientes, de pouca visibilidade.

Não podemos continuar a “esquecer e repetir”, principalmente aquilo que ocorreu na década de 80 sob a égide do neoliberalismo, e que Atilio Borón sintetiza tão bem (Borón, 2010: 77). Segundo o autor argentino, os políticos neoliberais posteriores à década de 1980, na América Latina, garantiram a privatização de bens públicos entregando à iniciativa privada setores estratégicos da economia e o pagamento contínuo da dívida externa. Por fim, pendeu a balança em favor do mercado em desfavor do Estado, privilegiando o privado em detrimento do público (2010: 79).

O *humano* da atualidade não é o *homem* que inspirou a Declaração adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, mas o sujeito construído pela sociedade do consumo, o *humano* da era da antropofagia democrática. O *humano* construído para consumir. Consumimos desde objetos, imagens, informações até o *Outro*, num processo de autoconsumo, do consumo de nossas possibilidades, de nossas próprias expectativas. Existir como sujeito depende de sua existência como consumidor, ainda que isto signifique a aniquilação de sua identidade, um processo que expõe o paradoxo contemporâneo entre consumir e ser consumido. Ser identificado como sujeito pode significar sofrer com o *humor* do mercado, com suas exigências, suas penalidades. A ambiguidade está depositada na substituição do *homem* por uma projeção *humana*, que tem no neoliberalismo a semântica de sua atualidade, no qual a austeridade é sua linguagem.

Dignidad y Derechos Humanos

Alfred de Zayas¹

Este artículo está ordenado a partir de las respuestas a las preguntas-guía recogidas en la metodología presentada por los organizadores —Instituto Joaquín Herrera Flores (IJHF), Instituto Ibero-americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH) y Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH)— para componer esta obra crítico-reflexiva sobre el Sistema Internacional de Derechos Humanos.

La DUDH es considerada como un marco de consenso universal alcanzado en 1948, que se ha desarrollado a lo largo del tiempo. ¿Cómo comprender el multiculturalismo y los enfrentamientos entre culturas a partir de los valores consagrados en el universalismo de los derechos humanos?

El Planeta Tierra, casa común de todos los seres humanos, es un caleidoscopio de culturas y tradiciones, patrimonio común de la humanidad. Cada cultura tiene su historia y su *raison d'être*, y no debe de ser homologada por el imperialismo económico y cultural de los poderosos. Cada cultura puede evolucionar y desarrollarse en diferentes maneras y a su propio ritmo, consciente de la aspiración de todos los hombres y mujeres a la felicidad en un entorno de paz y de dignidad humana. El multiculturalismo en el espíritu de la UNESCO y de los derechos humanos celebra precisamente la riqueza y la diversidad de las culturas, y respeta el derecho de todo pueblo de cultivar sus costumbres, tradiciones, literatura, música, juegos, cocinas y otras riquezas. Desde luego, existen tradiciones que no son indispensables a una cultura y que pueden entrar en conflicto con conceptos de la

¹ Abogado estadounidense, escritor, historiador; en 2012 fue nombrado por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas como experto independiente para la promoción de un orden internacional democrático y equitativo.

dignidad humana y de los derechos humanos. Es por eso que un proceso de intercambio cultural y religioso puede llevar a una evolución hacia la implementación práctica de la dignidad humana, que refleje un consenso universal sobre derechos y libertades fundamentales. No hace falta usar el concepto del “relativismo” cultural para prestarle legitimidad a conceptos caducos de la superioridad del hombre sobre la mujer o la superioridad de una raza sobre otra. Pero hay que dejar que cada cultura desarrolle su propia visión. Los derechos humanos, como la democracia, no se pueden imponer por la fuerza, tienen que ser cosecha propia. En sus resoluciones, la Asamblea General de las Naciones Unidas ya ha reconocido que hay varios modelos de democracia, pero todos se basan en la dignidad humana.

Un marco de consenso universal sobre los derechos humanos no significa la ausencia de prioridades. Es evidente que el derecho a la vida y el derecho a la identidad propia son primordiales. Esta prioridad refleja el derecho a no ser reducido a un número, un robot, un esclavo o un mero consumidor. Por lo tanto, un sistema de protección de derechos humanos necesariamente opera con prioridades, aunque resoluciones de Naciones Unidas repiten lo que evidentemente no es cierto —que todos los derechos son universales e igualmente importantes.

Sugiero pues abandonar el automatismo semántico y considerar los derechos codificados como expresión práctica pero incompleta de todos los derechos que el ser humano posee por su naturaleza, codificación que sirve como *mode d'emploi* hacia la realización de la dignidad humana en toda su sencillez y complejidad. Esto requiere también que abandonemos la división artificial del paradigma caduco de los derechos de primera, segunda y tercera generaciones, porque ese trillado paradigma es falso y establece prioridades que no corresponden a las necesidades del ser humano. Hay que ver los derechos humanos en un contexto a su vez filosófico y funcional. En lugar de las tres generaciones propongo una nueva perspectiva sobre los derechos, reconociendo primeramente aquellos derechos esenciales que nos habilitan a gozar de otros derechos, como por ejemplo el derecho al agua, a la alimentación, a la vivienda, a fundar una familia y a procrear, derechos que garantizan la vida humana. Luego los derechos que facilitan el ejercicio de la dignidad humana, el derecho a desarrollar una identidad propia, a completar la personalidad individual, tales como el derecho a la educación, al trabajo, al reposo, al acceso a la informa-

ción, el derecho a la verdad. Otra categoría son los derechos instrumentales o de procedimiento como los derechos al proceso debido, a la transparencia, a demandar cuentas de las autoridades. Y conforme el ser humano avanza en la vida, necesita también el derecho a sus convicciones religiosas, a las propias opiniones políticas o artísticas, a la libre expresión de las mismas, el derecho a la manifestación pacífica y a la asociación. Todos estos son derechos afirmativos que las autoridades del Estado deben de facilitar y promover. Pero también existen los derechos llamados negativos, o prohibiciones que todos los Estados deben de observar: el derecho a la protección contra el abuso por autoridades estatales, el derecho al respeto de la integridad física, la prohibición de la tortura y de los malos tratos, la prohibición de la detención arbitraria. También existe una categoría de derechos inmanentes o inherentes en los otros derechos, como el derecho a la igualdad, dicho de otra manera, cada derecho humano contiene en sí la calidad equalizadora que estipula, por ejemplo, que mi derecho a la propiedad no es ni más ni menos extenso que el derecho de cualquier otra persona. Aparte de la prohibición de privilegios o arbitrariedades, hay que considerar el entorno en que los derechos pueden ser ejercidos, por ejemplo en un contexto de paz y justicia social, lo cual da lugar al concepto del derecho humano a la paz. Además, hay que recordar que todos los derechos se ejercen en el contexto de los otros derechos, y que hay principios generales del derecho como la buena fe, lo que implica la prohibición de arreglos que son por su naturaleza contra los buenos modales o contra el orden público, y la regla que el ejercicio de mis derechos no puede frustrar el ejercicio de los derechos de otras personas (*sic utere tuo ut alienum non laedas*), y la consecuente prohibición del abuso del derecho, un concepto avanzado por Sir Hersch Lauterpacht. Pero, ¿a dónde desembocan todos los derechos humanos? Yo diría en el ejercicio pleno de la dignidad humana, y esto significa el derecho a la propia identidad, mi derecho de ser yo, y vuestro derecho de ser usted. Este es el derecho a una personalidad individual, a poder escoger, poder decidir, poder practicar diariamente una libre determinación, sin temor de presiones de lo que es políticamente correcto, intimidaciones, y auto-censura.

La interdependencia, indivisibilidad e interrelación de todos los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y el derecho al desarrollo) fueron reconocidas en la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993) como una complementariedad necesaria. En su opinión, ¿se ha consolidado este entendimiento de los derechos humanos en la práctica?

La interdependencia, indivisibilidad e interrelación de los derechos humanos es teoría, no práctica. Aunque es evidente que cuando un derecho se vulnera, otros derechos también pueden ser vulnerados en consecuencia, esto no significa necesariamente que la violación del derecho a la libertad de expresión artística vulnere el derecho a la alimentación o el derecho a la vivienda. Lo que sí existe, y tiene que existir, es una convergencia de los derechos colectivos e individuales. El individuo nace en una colectividad y vive en la sociedad. Esto implica que el individuo tiene que tomar en cuenta los derechos de los otros miembros de la colectividad. Pero la dignidad humana también requiere que cada miembro de la colectividad tenga derecho a sus propias ideas, sus preferencias, sus teorías, sus errores. En una sociedad madura se reconoce el derecho de cada uno al error, el derecho a postular una hipótesis y a equivocarse. Esta es una *conditio sine qua non* para el progreso humano. El mandato del experto independiente para la promoción de un orden internacional democrático y equitativo ha demostrado la convergencia de los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales. En su amplitud y en los doce informes presentados a la Asamblea General y al Consejo de Derechos Humanos se demuestra de manera práctica cómo los derechos se refuerzan el uno al otro. Pero también se demuestra cómo una “industria de los derechos humanos” ha pretendido instrumentalizar ciertos derechos para disminuir o destruir otros derechos humanos. Es muy peligroso cuando corporaciones transnacionales, grandes donantes, y los llamados lobbies le dictan a las organizaciones no-gubernamentales y hasta a la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos cuáles deben de ser sus prioridades. De esta manera se le ha dado atención privilegiada a los derechos que favorecen el modelo económico neoliberal, y se ha reducido el tiempo dedicado y el trabajo necesario para avanzar la dignidad humana, la reducción de la pobreza, la redistri-

bución de riquezas, la eliminación del analfabetismo, la educación universal, el acceso a médicos y medicinas, etc.

¿Hasta qué punto las intervenciones “humanitarias” y la propia racionalidad neoliberal utilizan el discurso ambivalente de los derechos humanos para otros fines?

Las intervenciones “humanitarias” son extremadamente peligrosas y pueden manipularse para socavar la prohibición *jus cogens* del uso de la fuerza, como estipulado en el artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas, y las resoluciones 2625 y 3314 de la Asamblea General. Considerando que la Carta es la constitución universal, y que el objetivo de la Organización de las Naciones Unidas es la paz, no se puede permitir que ese noble propósito sea burlado o esquivado mediante una maniobra semántica que disfrace la agresión denominándola “humanitaria”. Los conceptos de intervención “humanitaria” y “responsabilidad de proteger” tienen que entenderse como una opción in extremis, una última ratio. Solo vienen en mente dos situaciones recientes: la necesidad de una intervención internacional coordinada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para poner fin al genocidio de Pol Pot en Camboya en los años 70 o el genocidio de los Hutus contra los Tutsis en Rwanda en 1994. Pero en esos dos casos no hubo ninguna intervención “humanitaria” — porque no había intereses geopolíticos o económicos de las grandes potencias. Sin embargo, se invocó el concepto propagandístico de la intervención humanitaria para cometer el crimen de agresión contra Yugoslavia en 1999 y el crimen contra Iraq en 2003. Es cierto que una racionalidad neoliberal utiliza el discurso ambivalente de los derechos humanos para otros fines, para la guerra perpetua que genera enormes ganancias para el complejo militar-industrial-financiero.

Un gran peligro para la sobrevivencia de la humanidad es la guerra, porque en vista de las armas de destrucción masiva, y en vista del peligro de una explosión nuclear accidental o de un error de ordenadores o de inteligencia artificial, el mundo que conocemos puede desaparecer. En todo caso hay que observar la prohibición de la propaganda para la guerra, como lo estipula el artículo 20, párrafo 1, del Pacto Internacional Relativo a los Derechos Civiles y Políticos.

También es necesario avanzar las negociaciones para un desarme nuclear, químico y convencional en vista de redirigir las economías al desarrollo sostenible del planeta.

Otro peligro para las generaciones futuras es la manipulación orweliana de la opinión pública por medios que tratan de imponer ciertos conceptos y resultan en una atmósfera de intimidación y de genuflexión ante lo que se considera políticamente correcta. Tanto los gobiernos, la prensa oficial y privada, y algunas organizaciones de la sociedad civil participan en el juego de convertir los derechos humanos como armas para destruir adversarios políticos o económicos. Es muy triste presenciar esa instrumentalización de los derechos humanos con fines agresivos y contrarios al principio de la solidaridad internacional. Cuando los derechos humanos se convierten en un arma de destrucción masiva, también se destruye el concepto de la dignidad humana. Por lo tanto, hay que luchar por el pluralismo y por el acceso a toda la información, única manera de desarrollar criterios y opiniones propios. Son esas opiniones propias que deben ser difundidas libremente. El derecho a la libertad de expresión, indispensable en toda democracia, no se limita a hacerle eco a cualquiera información recibida de la prensa, sino significa el derecho a expresar ideas, visiones, filosofías diferentes a las corrientes. Ahí se encuentra el manantial del desarrollo intelectual y cultural del ser humano.

Como conclusión cabe repetir el lema de la Paz de Westfalia: *pax optima rerum* —la paz es el derecho supremo de toda la humanidad. Cabe recordar el lema de la Organización Internacional del Trabajo, *si vis pacem cole justitiam*— si queremos la paz hay que cultivar la justicia en todos los niveles, incluso la justicia social.

A Setenta Años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: de la Mediación Liberal a la Propuesta del Bien Común de la Humanidad

Antonio Delgado Baena¹
Noelia Cámeron Núñez²

¹ Licenciado en Filosofía y Ciencias de la Educación por la Universidad de Sevilla. Especialista universitario en Investigación Acción Participativa, Desarrollo Local y Cooperación Multilateral, Máster en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo y Doctorando en Ciencias Jurídicas y Políticas por la Universidad Pablo de Olavide. Ha trabajado como Director de Programas de Intervención Social, Consultor y Asesor de administraciones locales en temas de juventud, participación social y democracias participativas, e intervención sociocomunitaria destacando la Coordinación de Programas de los Presupuestos Participativos de Sevilla y la Coordinación de Programas Socioeducativos en el marco del Plan Integral para el Polígono Sur. Ha publicado textos sobre dinamización sociocultural, democracia participativa y metodologías de trabajo con jóvenes. Ha trabajado en Cooperación internacional colaborando con la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo y otras organizaciones no gubernamentales en la que cabe destacar la sistematización de buenas prácticas en transparencia judicial con el Centro de Estudios Judiciales de Paraguay. Ha militado en diversas organizaciones sociales de carácter socioeducativo, sindical y/o reivindicativo. Actualmente es miembro del Instituto de Derechos Humanos Joaquín Herrera Flores.

² Licenciada en Comunicación Audiovisual por la Universidad de Sevilla, Máster en Cooperación Multilateral y Desarrollo Local, Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo y Doctorando en Ciencias Jurídicas y Políticas por la Universidad Pablo de Olavide. Ha colaborado con la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo a través de una beca de Gestión y Cooperación Cultural del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y con el Departamento de Periodismo I de la Universidad de Sevilla. Ha trabajado para el Ministerio de Educación y Cultura de Paraguay. Su experiencia laboral se extiende desde la gestión, promoción y cooperación cultural hasta proyectos de comunicación social e institucional. Su militancia se ha desarrollado de manera intensa en movimientos sociales vinculados a derechos de personas migrantes y colectivos socioculturales. Actualmente es Miembro de la Red Latinoamericana de Gestión Cultural Miembro del Instituto de Derechos Humanos Joaquín Herrera Flores y escribe su tesis sobre Propiedad Intelectual desde una perspectiva crítica.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos cumple 70 años de vigencia. Una declaración surgida de un contexto específico de historia y época, y que pervive en un lapso de tiempo de grandes cambios y transformaciones sociales, desde el Nuevo Orden Mundial creado tras la Segunda Guerra Mundial, hasta los postulados neoliberales de la globalización, pasando por la postmodernidad o el Fin de la Historia. En cualquier caso la Declaración Universal de los Derechos Humanos ha inspirado la dialéctica de transformación/reproducción en un sistema social dominado por el capitalismo global. Y sin duda, ha sido el baluarte de los diferentes grupos humanos en su lucha por la dignidad de la vida.

La fecha de su aniversario es la oportunidad para lanzarnos a una reflexión crítica acerca de los avances y los límites de este sistema complejo de normas y valores.

Lo primero que intentaremos abordar es la cuestión del consenso universal alcanzado en la declaración de 1948 y sus mejoras en el contexto mundial de crisis, sustentado en un mundo multi/intercultural, y cuál es o debiera ser su papel en la crisis civilizatoria actual. Autores como Herrera (Herrera Flores, 2008), o Santos (Sousa Santos, 2014) se han adentrado en la reflexión sobre el alcance o limitaciones de los Derechos Humanos, desde la interculturalidad, las luchas sociales o la Filosofía del Derecho.

Por otro lado, como fruto de una época la Declaración Universal de los Derechos Humanos está anclada, desde su formulación, en un contexto afín a la propia racionalidad de la modernidad y más aún neoliberal, siendo en ocasiones funcional al sistema establecido. De ahí la relación dialéctica de transformación/reproducción que la articulación, desarrollo e implementación de los Derechos Humanos universales conlleva.

Setenta años después de la Declaración el mundo a escala planetaria se encuentra inmerso en una profunda crisis sistémica encabezada por la crisis financiera que ha evidenciado otras crisis que venían siendo enunciadas por activistas, sociólogos/as y pensadores/as como la crisis económica, social, cultural, ambiental, energética. En conjunto, una crisis civilizatoria.

Esta crisis sistémica/civilizatoria pone de manifiesto la necesidad de un cambio radical en los procesos de valoración, interpretación e

implementación de la comprensión total del mundo y nuestra relación con él. Es decir, se manifiesta la necesidad imperativa de un cambio de paradigma para la interpretación, reinención y aplicación de los Derechos Humanos en consonancia con la dignidad humana.

A las aportaciones que realizan Santos, o Herrera, nuestra reflexión en torno a los límites de la Declaración Universal a 70 años vista nos lleva a indagar en la propuesta de Houtart (2015) en torno a la necesidad de una Declaración Universal del Bien Común de la Humanidad. Propuesta que como veremos, pretende superar las limitaciones y apropiaciones que la modernidad y el sistema capitalista han hecho de los Derechos Humanos.

El paradigma liberal

La Declaración Universal de los Derechos Humanos ha supuesto un indudable avance institucional y normativo permitiendo la creación de estructuras supranacionales, normativas, pactos, creación de Tribunales Internacionales, Declaraciones complementarias y ha supuesto de facto una herramienta útil para grupos sociales, minorías y/o sectores de población, consolidándose como una suerte de “mínimos éticos” de carácter universal. Sin embargo, no ha sido capaz de resolver tajantemente la conflictividad de los retos políticos, éticos, económicos que el (des)orden mundial ha ido generando hasta este séptimo decenio.

En la práctica, fruto del conceso de la postguerra y en el marco del horror de la misma, la Declaración Universal se interrelaciona entre los diferentes acuerdos, tratados y pactos que van a dar lugar a la guerra fría y el Nuevo Orden Mundial surgido de toda esta interrelación. Desde los acuerdos de Bretton Woods que verán surgir nuevas instituciones, sin las cuales no sería posible comprender el mundo actual hasta el Consenso de Washington, que años más tarde conformará el sentido y dirección de las relaciones internacionales y la consolidación de la democracia formal. Contexto global que permitirá entender, interpretar e implementar los Derechos Humanos con una base ideológica fundamentada en la racionalidad moderna/capitalista. Así, el imperialismo de los Estados hegemónicos, en connivencia con los intereses privados transnacionales, en un contexto de globalización,

homogenización y hegemonía cultural de la racionalidad neoliberal, ha puesto en jaque el sistema de garantías que la Declaración Universal pretendía defender. Si cabe, en la última década con la crisis financiera de 2008 las llamadas medidas de austeridad han permitido que se cercenen las conquistas sociales aún contra la base de los Derechos Humanos.

La racionalidad capitalista-liberal-neoliberal supone el enfrentamiento del predominio racional del individualismo, la competitividad y el extractivismo/explotación contra una racionalidad “más atenta a los deseos y necesidades humanas” (Herrera Flores, 2008: 11) de una racionalidad emancipatoria. Los Derechos Humanos pueden ser una pauta jurídica, ética y social para la construcción de una nueva racionalidad emancipatoria. Sin embargo, la legitimación jurídica formalista de la Declaración Universal y el mercado suponen en la práctica una jaula de hierro para la misma (ídem).

Herrera, plantea que hay una apropiación del discurso de los Derechos Humanos desde la lógica garantista olvidando que el Derecho no es más que una técnica procedimental que ofrece formas para acceder a los bienes por parte de la sociedad (ídem:12). Estas formas no son asépticas como indica Herrera, y por tanto están supeditadas a la hegemonía dominante, a tiempos y espacios concretos. Esto conlleva a que la interpretación del Derecho y su aplicación desde los intereses de las mayorías sociales (Movimientos Sociales, ONG's, Sindicatos, etc.) impulsado desde abajo pueden ser una herramienta útil hacia la liberación respecto de los valores y principios de la hegemonía del momento, en este caso la modernidad capitalista liberal-neoliberal.

Afirma Marx en su texto “En defensa de los recolectores de leña” que “La naturaleza jurídica de las cosas no puede guiarse por la ley, sino que es la ley la que tiene que guiarse por la naturaleza jurídica de las cosas” (Marx; Bensaid, 2015). En el mismo sentido Herrera afirma que los Derechos Humanos son diferentes de las normas que los regulan. Y que es necesario distinguir entre el sistema de garantías y aquello que debe ser garantizado.

Así, Herrera (2008: 11-13) plantea un acercamiento a la teoría de los Derechos Humanos desde la Teoría Crítica, hablando de un proceso dialéctico constante entre lo institucional y lo social, permitiendo la apertura de espacios de lucha por la Dignidad Humana. La idea nos

lleva a contemplar la Declaración Universal como una oportunidad que plantea un punto de partida y no una carta de identidad en tanto en cuanto los Derechos Humanos son en definitiva fruto del proceso de las luchas y conquista sociales que la humanidad ha ido construyendo en su dialéctica historia.

Dice Santos (Sousa Santos, 2014: 94): “Dada a instrumentalização radical a que estão a ser sujeitos, os direitos humanos tronm-se simultâneamente banais e estranhos no interior da propria modernidade ocidental”. Este es el resultado irremediable si confundimos la norma con el derecho que debe ser garantizado.

El planteamiento es claro, los Derechos Humanos son un punto de partida y no un fin en sí mismos. Insiste Santos (idem: 104): “... Nunca como hoje foi importante não desperdiçar ideias e práticas de resistência”. Y confirma “...só reconhecendo as debilidades reais dos direitos humanos é possível construir a partir deles...”. Es el planteamiento freiriano por excelencia, tomar conciencia de vivir en un mundo inacabado que está en proceso de cambio y que nunca será terminado. Esa debe ser la esencia de la proyección de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Los Derechos Humanos a fin de cuenta son hijos de la modernidad y ésta se fundamenta en “una secularización de la vida económica, el individualismo, como base de la emancipación humana, la idea de utopía realizable, de un progreso lineal sobre un planeta inagotable” (Houtart, 2013: 241). Esta lógica hace posible la fácil confusión de la garantía con el objeto a ser garantizado en el simple hecho que permite entender el derecho humano como objeto de progreso, entendiendo el bien necesario para la vida no como una cuestión de dignidad humana sino como una mercancía o bien de consumo.

La hegemonía cultural ha impuesto la racionalidad de la modernidad capitalista en todos los aspectos de la vida humana, desde los bienes necesarios para la vida hasta los elementos constituyentes de los saberes populares, el conocimiento o la cultura. Todo es susceptible de ser transformado en mercancía. Se trata de “una dinámica de una historia regida por el progreso técnico que tipifica la modernidad capitalista y que lleva a la vida social en dirección a la barbarie”. (Echeverría en *ibid.*)

Viene a colación el resumen que Sierra (Sierra Cabalero, 2011: 66-67) realiza sobre la deconstrucción que Herrera realiza de la teoría liberal de los derechos, identificando tres frentes: A) la identificación del concepto liberal de ciudadano con el estado nacional. Identificando un territorio, una lengua, una cultura y un estado; b) la visión naturalista de ciudadanía ideal y abstracta; c) y por último la crisis de legitimidad del concepto liberal de ciudadanía. Si este marco lo ajustamos al análisis de la Declaración Universal nos encontramos con esa población sobrante o muchedumbre inútiles que tan bien describe Susan George (2001), pues ¿cómo se llega a la categoría de ciudadano? La modernidad neoliberal lo tiene claro, a través del acceso a los bienes de consumo. Sólo se accederá al Derecho como bien de consumo, y ese Derecho tiene que ser ganado a través del trabajo, luego no se muestra la garantía como un valor intrínseco al ser humano, sino como un bien patrimonial al que se llega o no. En la práctica esto supone dejar fuera del sistema a millones de personas.

El liberalismo identifica los derechos desde sus propios supuestos: Individualismo, Sujeto competitivo, universalismo del sujeto, Igualdad formal, todos ellos articulados en el contrato social. En estos términos los derechos culturales, colectivos, la interpretación desde prismas contextualizados (histórica y culturalmente) y la ruptura del contrato social que en la práctica está suponiendo las crisis actuales hacen necesario una revisión paradigmática de los Derechos Humanos.

Llegados a este punto cabe la pregunta ¿es la Declaración Universal una herramienta útil para la recreación de un mundo nuevo donde prevalezca la dignidad de la vida humana?

Reforzar el sistema a través de las crisis

Tal como hemos comentado desde la Declaración Universal y a pesar de ellos hace ya setenta años el modelo económico-social ha ido pasando por diferentes crisis. El sistema capitalista liberal emanado de la modernidad es un generador de crisis para reinventarse. Son recurrentes las declaraciones de líderes políticos y expertos en torno a que esta no es la primera crisis ni la última. Finalmente dichas crisis vienen a ser reajustes del sistema que terminan potenciando el princi-

pio básico de la economía capitalista consistente en la acumulación de capital. Mientras, la Declaración Universal se ha mostrado insuficiente para resolver los distintos problemas que el sistema genera.

Por todo esto, en la actualidad más de 900 millones de personas viven por debajo del umbral de la pobreza, cuando el clima se deteriora a pasos agigantados, el flujo migratorio es mayor huyendo de la pobreza extrema, las guerras o la falta de oportunidades; los recortes sociales han impuesto en el centro lo que ya venía imponiendo en la periferia, medidas de ajuste que han conseguido dismantelar las clases medias de los países ricos. Hoy, con el auge innegable de la extrema derecha reclamando el ideario fascista, recorriendo el mundo haciendo de la guerra el lugar común de la humanidad, nos hace pensar que no se trata de una crisis de sistema, de un reajuste social o económico sino de un cambio civilizatorio.

Es necesario tener en cuenta que los Derechos Humanos son mediados por el paradigma dominante, y que por tanto deben ser revisados, indagados e interrogados desde ese mismo paradigma y teniendo en cuenta la crisis actual. La puesta en marcha de alternativas y prácticas desde un nuevo paradigma deberá sustentarse desde un análisis, reflexión y crítica que partan de esos mismos cuestionamientos dentro del paradigma dominante e interrelacionado con la crisis. De esta manera, dichas alternativas partirán de una base sólida en la realidad de lo que ocurre y no responderán a entelequias filosóficas, o a intereses espurios de quien detenta el poder global.

Al contrario de la crisis del 29, hoy día la desesperanza campa por sí sola. La pérdida de derechos es tan patente, y tan demoledora que nos deja impávidos ante el dismantelamiento de lo que alguna vez pudo ser cierto Estado de Bienestar, lo que ha devenido en una suerte de incredulidad de las instituciones políticas, estatales, o supranacionales. La mano invisible del mercado es hoy percibida como la mano cruel de aquellos dioses vengativos que exigen sacrificios humanos.

Esta crisis no es sola. Es una crisis económico-financiera; energética, alimentaria, Geopolítica, climática, cultural. Houtart (2015: 22-41) identifica cuatro caras de la crisis: La Económica, la Alimentaria, La Crisis Energética, y la Climática.

La Crisis Económica-financiera no responde a unas consecuencias específicas, a ciertas burbujas coyunturales a ciertos abusos de ciertos

sectores, a la corrupción o incluso a la injerencia de las grandes corporaciones. Todo esto que es intrínseco al sistema nos muestra que estamos enfrentados a una lógica economicista producto de varios siglos de racionalidad liberal. Se han sucedido diferentes crisis a lo largo de estos siglos desde el s. XVIII, el crac del 29 con la subsiguiente guerra mundial o diferentes crisis regionales como el “corralito”. Esta última ha generado el aumento de la deuda pública de los Estados y medidas de recortes sociales. Una crisis, que si bien se dieron en países del centro del sistema, tiene su repercusión inmediata en los países de la periferia, disminuyendo las remesas, cambiando el sentido de los flujos migratorios, entre otros.

Esta crisis si algo ha puesto de manifiesto es que las conquistas sociales dejan de serlo cuando al poder establecido le estorba. Los recortes del gasto social, que supone la esencia del Estado garantista de Derecho, pone de manifiesto la fragilidad de las conquistas sociales y la servidumbre que los derechos tienen frente al paradigma liberal de crecimiento constante y acumulación de capital. Así pues, como resultado de las medidas contra la crisis, se ha generado un aumento de la brecha social, siendo más ricos los ricos y aumentando el número de pobres.

La crisis alimentaria

Si los Derechos Humanos garantizan algo es el Derecho a la Vida. Y la vida está íntimamente ligada a la alimentación. Entre 2007 y 2008 la crisis alimentaria sobre algunos aspectos coyunturales tuvo un factor desencadenante de índole especulativa vinculada a la producción de agro-carburantes. Indica Houtart (2005: 28) que otro aspecto de la crisis alimentaria “es estructural (...) se trata de la expansión en los últimos años del monocultivo, resultando en la concentración de las tierras, es decir en una verdadera contra-reforma agraria”. Señala Houtart que esto tiene como consecuencia la destrucción de la agricultura campesina y familiar incidiendo en la destrucción ecológica y en la expulsión de los campesinos de sus tierras. Aumentando así el flujo migratorio hacia las ciudades, creando bolsas de pobreza en las mismas.

El modelo extractivista del capitalismo liberal no reconoce los daños sociales y ecológicos como costes de producción sino como daños colaterales. Siendo al fin y al cabo las personas y comunidades locales las que sufren los expolios, pagando, a veces con su vida, los costes sociales, ecológicos y culturales. Los Derechos Humanos siguen mostrándose incapaces de detener tal depredación.

La Crisis Energética

Vinculada directamente con las anteriores crisis mencionadas. La sobre explotación de los recursos naturales en la lógica liberal como señalábamos antes, que entiende el planeta como infinito, tiene como consecuencia irremediable el agotamiento de dichos recursos. La liberalización mundializada de la economía que se ha conocido como globalización y que ha impuesto lógica neoliberal a la “cultura mundial” ha hecho de la utilización irracional de la energía y del despilfarro de los recursos naturales seña de identidad. El modelo social de consumo ha aumentado el flujo de mercancías y su subsiguiente contribución a la división internacional del trabajo, colocando los centros de producción con costes bajo y sin reglamentación ecológica para satisfacer a los países del centro del sistema.

A pesar de lo que digan los supuestos liberales, en la práctica el planeta es finito y los Estados y las grandes corporaciones los saben. En 50 años deberemos de cambiar de fuente de energía, lo que ha hecho que haya un giro hacia los agro-combustibles, “la energía verde” con un fuerte impacto en las producciones locales y campesinas. “El desarrollo de los agro-combustibles corresponde al olvido de las externalidades ecológicas y sociales, típico de la lógica del capitalismo” (Houtard, 2005: 37) Y es que el mercado no cuantifica el coste social y ecológico de la economía extractivista, siendo absorbida por la naturaleza, los pueblos y las personas. Lo que supone en la práctica el olvido interesado del alcance que el texto de la declaración de los Derechos Humanos podría tener.

La crisis climática

En clara alusión a las externalidades que no asume el mercado y que es soportado por la naturaleza a estas alturas del liberalismo capitalista, se nos desvela otra crisis: la climática. Ésta podría poner en jaque no ya los intereses de una clase social, sino la supervivencia de la propia especie humana.

La actividad humana se concentra en la emisión de gases de efecto invernadero, y por añadidura se favorece la destrucción de los grandes bosques, selvas y océanos que podrían mitigar esta situación. Las externalidades de los procesos de producción ya no son absorbidas por la naturaleza. El flujo migratorio a causa de los efectos sobre el clima son ya dramáticos e irán empeorando. El informe IPPC resume en cinco los riesgos claves en los diversos sectores y regiones: “Sistemas únicos amenazados tanto ecosistemas como culturas; episodios meteorológicos extremos; Distribución de los impactos que siempre afectan mayormente a personas y comunidades desfavorecidas de los países sea cual sea el nivel de desarrollo de estos; Impactos totales a nivel global, afectando tanto a la biodiversidad como a la economía global; episodios singulares a gran escala, algunos ecosistemas podría pasar de situación de riesgo a cambios abruptos e irreversibles como la pérdida del manto de hielo polar” (Mastrandrea; White, 2014: 12).

Este sistema de producción, y capitalización de la vida y la biodiversidad no está sino aumentando la brecha existente entre ricos y pobres, entre poblaciones con capacidad de comprar y de acceso a derechos y de personas que en palabras de Houtart “no contribuyen al aumento de un valor agregado y apenas tienen poder de compra” (2005: 41).

Otras muchas crisis convergen en la crisis actual del sistema como la crisis geopolítica, la crisis humanitaria devenida de los diferentes conflictos armados pero todas ellas, en nuestra opinión tienen como lugar común las cuatro indicadas por Houtart. Y todas ellas, cada uno por su lado y todas en general ponen en tela de juicio la consolidación de los Derechos Humanos como una carta magna universal capaz de resolver las crisis de la humanidad. A día de hoy si bien sigue siendo necesaria se torna insuficiente ya que estamos ante una crisis civilizatoria.

Hacia la Declaración Universal del Bien Común de la Humanidad

Vivimos unos tiempos en lo que los Derechos Humanos han perdido su valor y han pasado a ser “costes sociales”. La flaqueza de la respuesta de los mismos a las asimetrías de poder del carácter neo-imperial y neocolonial del (des)orden del mundo contemporáneo así como la intensidad de los flujos en las “zonas de contacto” y las nuevas formas de resistencia, son responsables de la fragilidad discursiva y práctica de los Derechos Humanos (Sousa Santos, 2004: 104). Hoy más que nunca los movimientos sociales deben mantener sus luchas, utilizando viejas y nuevas herramientas de las que disponen, e intentar ser independientes de los poderes facticos para poder garantizar reflexiones y acciones más acertadas y dar mejor sentido a sus luchas.

Las soluciones dadas a las crisis planteadas han pasado desde castigar y perseguir a los responsables directos, al aumento de regulaciones en esta materia. Pero en palabras de Houtard “regular significar salvarlo” (Houtard, 2005: 43) por lo tanto la solución “queda en el capitalismo, un sistema históricamente agotado” (idem: 46). Efectivamente, el sistema capitalista está agotado, si bien cumplió con su función histórica, las soluciones dadas a los problemas que él mismo genera en el seno de la propia racionalidad capitalista nos hará caer una y otra vez en una espiral que irremediablemente nos llevará al colapso.

Sin duda, hay que reconocer que los avances formales desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos conllevan años de duras luchas y sufrimiento, y que en determinadas ocasiones y contextos han supuesto la única herramienta útil para las personas y movimientos que estaban sufriendo su vulneración. También debemos reconocer que, en su momento, la Declaración Universal de los Derechos Humanos supuso una gran visibilización y reconocimiento de problemas graves, y por consiguiente una amplia concienciación por parte de las personas de que había que acabar con determinadas prácticas y seguir trabajando por su reconocimiento y por su puesta en práctica.

Este reconocimiento lleva implícito la necesidad de la construcción desde las prácticas sociales de un nuevo paradigma humano que se adecúe a “redefinir los fundamentos de la vida colectiva de la humanidad” (idem: 54).

Nos recuerda Herrera que “(...) el teórico, por muy crítico que se presente, no es desde su soledad académica el sujeto que deba decir a los movimientos sociales lo que deben o no deben hacer. Es preciso que tal teórico se articule con prácticas sociales y desde ahí comenzar a revisar sus propios presupuestos y reflexiones. Y segunda, porque una teoría debe medirse, no tanto por sus posibilidades de realización futura, sino por su capacidad actual de impulso social hacia la construcción de heterotopías y de caminos de dignidad alternativos (...)” (2005: 58-59).

Por tanto, nos marca el compromiso de abordar las necesidades de transformación social no sólo desde discursos teóricos o académicos sino desde prácticas concretas que se adapten a las necesidades que los pueblos, las personas y las comunidades necesitan para su supervivencia acorde con la Dignidad Humana.

Esta contextualización debe ir de la mano de los movimientos sociales, de los movimientos de base y de sus luchas por la emancipación. Son los mismos movimientos los que deben ser conscientes y trabajar por el sentido de esa contextualización. Son las bases las que deben reflexionar, actuar, construir en torno a las prácticas emancipatorias y reivindicativas. Y éstas deben ser construidas sobre la base a estrategias más globales para poder tener más y mejor incidencia dentro del tablero mundial. El reto es la construcción de un referente alternativo paradigmático mundial.

Si las crisis son percibidas como inconexas las luchas sociales se muestran como micro-utopías. La Declaración Universal de los Derechos Humanos deja en la práctica la dimensión colectiva de la humanidad, reconoce los derechos individuales pero olvida el derecho a la dignidad de la vida humana sustentado en el derecho a la vida de la humanidad. Es necesaria la construcción de un nuevo paradigma que permita una interpretación de los Derechos Humanos desde una perspectiva del Bien Común de la Humanidad.

Nos recuerda Houtart que los fundamentos de la vida colectiva son cuatro. “La relación con la Naturaleza; la reproducción de la base de la vida (la economía); la organización colectiva social y política; y la lectura y expresión de lo real” (2005: 52).

Gudynas explica “si se toman los derechos de la naturaleza en serio, las aproximaciones clásicas de origen europeo no son suficientes.

Están atadas a una mirada antropocéntrica que llevan la semilla de la dominación y la explotación” (Gudynas, 2011: 264) propone retomar el concepto de Pachama que pone al ser humano en relación con el resto de la naturaleza, a fin de permitir una relectura para abandonar la visión capitalista-moderna.

Las Constituciones de Ecuador y Bolivia han incorporado un “mandato ecológico” recogiendo la tradición emanada de conceptos de los pueblos indígenas como son el Sumak kawasay o el Sumak qamaña, términos que han sido traducidos como Buen Vivir y que ofrecen una mirada holística de la naturaleza y la realidad.

Por otro lado y en clara concordancia con lo planteado se hace necesario privilegiar el valor de uso sobre el valor de cambio. El valor de cambio es la esencia del modelo mercantilista porque privilegia la propiedad privada frente a otras formas de propiedad o de uso. Y es necesario un cuestionamiento de la propiedad privada, de los principales medios de producción.

La reorganización de la vida colectiva pasa por la generalización de la democracia real en las relaciones sociales e institucionales y la revisión del concepto de Estado.

Instalar la interculturalidad en la construcción de lo nuevo, la diversidad cultural es una garantía de pervivencia de la humanidad y como tal debe, no ser protegida, sino activada.

Al atender la adecuada realización de los cuatro ejes planteados por Houtart el capitalismo dominante y su racionalidad no pueden asegurar dicho bien común de la humanidad, antes más bien contradicen la reproducción de la vida.

Si estamos repasando el impacto y proyección de la Declaración Universal siete décadas después de su redacción se nos hace necesario establecer un marco de referencia que ponga un horizonte a la declaración y que ésta sea el primer paso de este horizonte. La declaración universal del bien común de la humanidad (Houtard, 2005: 96-109) es una propuesta acorde con el análisis que venimos desarrollando que pretende superar las contradicciones del modelo actual.

La propuesta de Houtart a la elaboración de una Declaración Universal del Bien Común de la Humanidad en el cuadro de las Naciones Unidas (ídem: 106-109) plantea un proyecto inacabado, en perma-

nente construcción. Y ve en ella un instrumento útil para la praxis, en paralelo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Nosotros consideramos que a la luz de lo analizado más que paralela debiera ser inclusiva o incluso desbordante. Y que podría tornarse en una lucha política retomando nuevas semióticas que rijan la vida colectiva del planeta.

Críticas ao Consenso Universal Impositivo

Antonio Henrique Graciano Suxberger¹

Este artigo foi organizado por meio de respostas às perguntas-guia incluídas na metodologia apresentada pelos organizadores-Instituto Joaquim Herrera Flores (IJHF), Instituto Ibero-Americano da Haia pela Paz, Direitos Humanos e Justiça Internacional (IIH) e Associação Espanhola para o Direito Internacional dos Direitos Humanos (AEDIDH) —para compor esta obra crítico-reflexiva sobre o Sistema Internacional dos Direitos Humanos.

A Declaração é considerada marco de um consenso universal alcançado em 1948 e aprimorado ao longo do tempo. Como compreender o multiculturalismo e os enfrentamentos entre culturas a partir dos valores consagrados no universalismo dos direitos humanos?

O consenso denominado como universal sempre foi apresentado como produto aparentemente coletivo, ainda que construído ou imposto a partir do acordo de alguns poucos países. Trata-se, pois, de um consenso fixado por alguns dos países que figuram como players globais e, por razões nem sempre humanitárias, esse consenso é apresentado como global ou universal.

A formalização de instâncias formais de proteção dos direitos humanos na ordem internacional passa por déficit entre aqueles que vocalizam as demandas por direitos e aqueles que se submetem às instâncias de promoção desses direitos. Explica-se: a ordem apresentada

¹ Doutor em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide, com Máster em Direitos Humanos, Interculturalidade e Desenvolvimento pela mesma Universidade, e Mestrado em Direito pela Universidade de Brasília. Professor do Programa de Pós-Graduação do Centro Universitário de Brasília. Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbricæ da Universidade de Coimbra.

nos sistemas de proteção dos direitos humanos é protagonizada pelos mesmos países que titularizam a centralidade econômica na ordem internacional. Esses países —aqui denominados como *players*— são os que afirmam a presença de um consenso nessa ordem internacional. Não se trata de um consenso, pois, construído de forma horizontal ou a partir de locais igualitários de fala ou de divisão da ordem social (ainda que internacionalmente considerada essa ordem social).

O problema do consenso universal, fixado a partir da Declaração dos Direitos Humanos de 1948, não reside na impossibilidade de alcançarmos valores ou razões comuns a todos os povos. O problema consiste no modo pelo qual se constrói esse consenso. A razão subjacente de uma construção que se permita humanista consiste na assunção de que o respeito às diferenças culturais impõe que os consensos surjam como processo construído, e não dado ou imposto.

Tomemos como exemplo a temática das drogas no plano internacional. O chamado paradigma proibicionista, responsável em grande medida pelo atual estado de coisa no mundo ocidental em relação à questão carcerária globalmente considerada, surgiu a partir de interesses econômicos afirmados pelos países responsáveis pelo processo de imperialismo e dominação econômica no sudeste asiático e no oriente médio. A relação existente entre as chamadas drogas e a humanidade não surgiu no século XIX; ao revés, data de muito antes. No entanto, a relevância dessa relação, para a imposição do controle formal do Estado, inclusive por meio de sua resposta mais drástica —o Direito Penal—, derivou da intervenção protagonizada pelos interesses, num primeiro momento, do Reino Unido e da França e, num segundo momento, já no curso do século XX, dos Estados Unidos da América. A referência é às chamadas guerras do ópio, havidas no curso do século XIX entre China e Reino Unido, e à intitulada *war on drugs*, alcunha por que ficou conhecida a política promovida pelo Governo de Richard Nixon no início da década de 1970 e com reflexos até a presente data.

A temática das drogas guarda componente cultural inafastável. Seja pela sua presença em povos que a elas creditam elemento de resgate ancestral, cura ou mesmo razão recreativa, seja pela sua presença na cultura familiar de povos, como nos casos da Colômbia e Bolívia, o cultivo e o uso de drogas jamais foi um consenso universal na história

da humanidade. A preocupante questão de saúde pública, subjacente ao uso abusivo de drogas, há de ser reconhecida, mas esse foco de saúde pública igualmente encontra-se presente em substâncias toleradas ou mesmo admitidas na ordem internacional, como o álcool ou o tabaco. Ainda assim, essa pluralidade de visões sobre as drogas isso não impediu que as Nações Unidas, em 1961, num dos marcos de afirmação da relevância internacional desse importante organismo, fundado a partir da Declaração Universal de 1948, estabelecesse a chamada Convenção Única sobre entorpecentes. Na esteira da política proibicionista dos EUA, também as Nações Unidas lançaram a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971.

Os players, pois, assim decidiram —por razões que muitas vezes escapam à simples preocupação de bem-estar mundial— e, pronto, instalou-se um “consenso”, de aptidão “universal”, para que a temática das drogas passasse a ser não mais uma questão de conformação interna dos países na ordem internacional, mas a observar uma agenda que impõe a repressão por meio da resposta penal do Estado. Isso, é bom destacar, com forte presença de fomento, custeio e incentivo, especialmente de caráter econômico, policial e militar, dos Estados Unidos da América e dos países a ele alinhados nessa temática proibicionista.

O elemento da multiculturalidade, portanto, que há de se apresentar como uma construção decorrente de um processo de lutas de textura constituinte e aberta, é solapado pela imposição de uma pauta pelos players internacionais. Estes, paradoxalmente, embora sejam as vozes mais fortes e relevantes na construção dessa afirmação de pretensão universalista, são exatamente os países mais infensos aos instrumentos de controle e interferência desses mesmos órgãos internacionais nas temáticas que eventualmente não se encontrem na agenda de seus próprios interesses (como ocorre nos temas ambientais ou de restrição de circulação de armas de fogo no plano internacional, para ficarmos em dois exemplos).

Por isso, a promessa do multiculturalismo, que impõe um universalismo de chegada, construído a partir de um processo de visualizada conflituosidade e de diálogo instituinte, é solapado por um “universalismo” imposto pelos players da ordem internacional, movidos

desafortunadamente por pautas estranhas a razões estritamente de compromisso com os direitos humanos.

A interdependência, indivisibilidade e inter-relação dos direitos civis, políticos, econômicos, culturais e sociais foram reconhecidas na Conferência de Viena de 1993 como uma complementariedade necessária. Na sua opinião, este avanço foi alcançado na prática?

São muitos os avanços na criação de estratégias de implementação dos direitos civis, políticos, econômicos, culturais e sociais na ordem internacional. No entanto, o déficit desses direitos não deriva da sua falta de reconhecimento na instância internacional. Ele deriva da compreensão de que o simplesmente reconhecimento normativo desses direitos basta à fruição e gozo das condições materiais de exercício das potencialidades humanas.

O reconhecimento desses direitos na ordem internacional representa relevante e proeminente conquista no processo conflituoso de construção dos direitos humanos. No entanto, por mais importante que que seja a afirmação jurídica desses direitos na ordem internacional, compreendê-los como satisfeitos apenas por isso implica dois equívocos de ordem epistemológica que, reconheça-se, seduzem essas mesmas instâncias internacionais para se afirmarem relevantes e presentes na atualidade.

Em primeiro lugar, não se pode confundir o reconhecimento jurídico, na ordem internacional, dos direitos civis, políticos, econômicos, culturais e sociais com a importante construção de garantias jurídicas, econômicas, institucionais, políticas, culturais etc., que efetivamente se prestam a assegurar a fruição e gozo desses direitos. Reduzir esses direitos ao reconhecimento jurídico de sua existência, não raro, presta-se como estratégia para o a colheita de frutos políticos de uma pauta pretensamente comprometida com os direitos humanos. Contudo, esse simples reconhecimento, se isolado da construção de garantias que assegurem a fruição desses direitos, apresenta-se como sedutora armadilha. Cria-se a falsa sensação de que avançamos... apenas para permanecer no mesmo lugar de um mundo em trágico movimento. Afirmar direitos sem a construção de garantias que os assegurem não

só enfraquece os necessários direitos como também deixa ainda mais distantes aqueles que mais demandam o acesso aos bens (materiais e imateriais) a que se referem esses direitos.

Em segundo lugar, o reconhecimento na ordem internacional desses direitos não é o ponto de chegada, mas o ponto de partida para a concretização da fruição desses mesmos direitos. A afirmação da importância das instâncias internacionais, a exemplo da Conferência de Viena em 1993, não se dá apenas no reconhecimento jurídico desses direitos, mas na capacidade de que as Nações Unidas e as diversas instâncias do sistema de proteção internacional dos direitos humanos têm de atuar na ordem interna dos países para induzir, fomentar e reclamar a construção de soluções e políticas públicas para construir uma fruição mais igualitária desses direitos. Afinal, não se cuida de reconhecê-los —até porque em maior ou menor medida não é esse reconhecimento internacional que faz esses direitos existentes—, mas de fazer com que esses direitos sejam usufruídos por todos e todas.

O avanço, pois, da pauta dos direitos humanos consiste, é certo, no reconhecimento da interdependência, indivisibilidade e inter-relação dos direitos civis, políticos, econômicos, culturais e sociais. Mas igualmente consiste na capacidade que os países sujeitos a essas instâncias internacionais têm de assegurar uma fruição igualitária desses direitos. É dizer: o problema não é o “quê” desses direitos, mas o fato de que eles não são usufruídos ou existentes para todos e todas.

Até que ponto as intervenções humanitárias e a própria racionalidade neoliberal se utilizam do discurso ambíguo e ambivalente dos direitos humanos para outros fins?

A utilização dos direitos humanos como instrumento de vulneração desses mesmos direitos humanos é tema descortinado há muito tempo pelos principais autores de teoria crítica nos últimos quarenta anos. Joaquín Herrera Flores, Franz Hinkelammert, Boaventura de Sousa Santos, entre tantos outros, são vozes que há muito se levantam para mostrar que a história dos direitos humanos é a história de sua violação.

A pauta neoliberal é ao mesmo tempo ponto de saída e de chegada das chamadas intervenções humanitárias. Ela cria a agenda interna-

cional, responsável pela visibilidade de algumas poucas questões de direitos humanos que, por razões pouco humanistas, se convertem em problemas a serem solucionados por intervenções humanitárias. As mortes violentas em conflitos na África, as frequentes e numerosas mortes em atentados de que ninguém fala, as tragédias causadas pela fome e pela distribuição desigual de renda, as mortes causadas por doenças que de há muito já são controladas e saradas pela tecnologia que não chega a todos: são questões gravíssimas de ocorrência frequente que simplesmente não ingressam na agenda internacional. A razão disso só é explicável pela imposição de uma pauta que guarda extensão e influência inclusive nos sistemas formais de proteção dos direitos humanos.

A pauta neoliberal atua como ponto de chegada quando torna a intervenção dos sistemas de proteção dos direitos humanos, estabelecidos a partir da Declaração Universal de 1948, meros instrumentos de soft law. Novamente, a questão prisional dos países em geral é exemplo disso. A questão carcerária tem ensejado, no mundo inteiro, preocupação fundamental aos que se interessam pela temática dos direitos humanos. O crescimento dos índices de encarceramento, a falta de difusão de boas práticas no enfrentamento da questão penal por diversos países, o uso abusivo da prisão por diversos ordenamentos internos são exemplos de que esses temas não guardam intervenção efetiva dos sistemas de proteção internacional dos direitos humanos. A razão desses dessa ausência de efetividade explica-se em grande medida pelo interesse neoliberal na manutenção do atual estado de coisas. Afinal, basta perguntar qual a indústria mundial que mais lucra com a atual conformação dos sistemas prisionais no mundo ocidental e a resposta aparecerá juntamente com a presença de um dos mais proeminentes players na ordem global: os Estados Unidos da América. É de Loïc Wacquant a advertência de que o sistema penal se presta, em grande medida, para assegurar a gestão da pobreza numa sociedade desigual. Tal percepção se mostra verdadeira tanto se vista de baixo para cima, isto é, dos países em direção à ordem internacional, quanto se vista de cima para baixo, ou seja, da atuação dos sistemas de proteção em direção a ausência desses instrumentos de salvaguarda dos direitos humanos nas políticas públicas de abordagem da questão prisional.

As intervenções, pois, humanitárias só ocorrem se o tema “merece” a atenção da agenda internacional pautada por razões eminentemente econômicas. E o modo dessa intervenção, igualmente, não se orientará pela necessária salvaguarda dos direitos humanos, mas responderá ao que se pretende vender como solução adotada para o enfrentamento de um problema construído por essa mesma ordem econômica global.

Reflexiones sobre la Cultura en la Declaración de Derechos Humanos: Avances o Retrocesos en Materia de Pluralismo Cultural¹

Antonio Varón Mejía²

Hace 10 años, en el evento conmemorativo de los sesenta años de la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por la Asamblea general de la O.N.U., el entonces Secretario General, Sr. Kofi Annan, se expresaba en los siguientes términos respecto de la Declaración: “Ante las violaciones masivas de los derechos humanos que continúan siendo cometidas en alguna medida en todo el mundo, podríamos estar tentados de bajar los brazos. Pero es algo que debiera darnos ánimo: los pueblos del mundo tienen un sentido cada vez más agudo de las responsabilidades que tienen los unos hacia los otros y hacia el planeta. La emergencia de una conciencia universal —la creación de la Corte penal internacional no es más que una de sus manifestaciones— nos hace esperar que una verdadera cultura de los derechos humanos está abriéndose camino”.

La idea que proclama Annan de “Una Cultura” de derechos humanos, en el marco de la cual, las naciones y los individuos los reconozcan, apliquen y promuevan, subraya la naturaleza colectiva de las referencias que posibilitan la cohesión social y el juicio moral requeridos para la incorporación dichos derechos en la conciencia individual de las personas (Mulhal; Swift, 1996).

¹ La presente contribución hace parte del proyecto de investigación: “Principios de armonización entre la función y alcance de la Justicia Internacional y las demandas surgidas en los procesos políticos de transición” (2017-2018), financiado por el Centro de Gestión del Conocimiento y la Innovación de la Universidad del Rosario y adscrito a la línea de investigación “Crítica al Derecho internacional desde fundamentos filosóficos” del grupo de investigación en Derecho internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Colombia).

² Profesor de Carrera Académica. Universidad del Rosario.

El propósito de este documento es reflexionar en torno a la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante la Declaración), y su planteamiento respecto de la construcción de una cultura de derechos humanos occidental, de cara a la existencia de múltiples culturas que han sido histórica, social y jurídicamente invisibilizadas, como son las culturas indígenas que han coexistido paralelas, alternas o en oposición al derecho estatal. La pregunta que pretendemos responder de manera muy somera en este texto es si existen coincidencias entre los conceptos de cultura esgrimidos por la Declaración y los de los pueblos indígenas que permitan la construcción de un dialogo intercultural.

El texto se desarrollara en dos partes, la primera reflexiona en torno a los contenidos liberales de la Declaración y su marcado acento en la protección de los derechos individuales, y una segunda describe los contextos sociales y culturales en los cuales discurren las relaciones de los pueblos indígenas en la construcción conjunta de significados. Recurriremos a las culturas indígenas colombianas Kamëntzá, Wayuu, Kogi y Nasa, a partir de los cuales identificamos algunas concepciones de la justicia que contienen significados diversos y diferentes a los actualmente presentes en el derecho internacional de los derechos humanos y en la Declaración.

El valor instrumental de la cultura en la Declaración

La Declaración en su preámbulo considera la necesidad de “una concepción común de estos derechos y libertades” como “de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso”. Recalca la necesidad de construir contextos de significado compartidos (Taylor, 1991) que posibiliten a los individuos la experimentación de los derechos humanos, lo cual, solamente es posible en el marco de una cultura, y en este caso, en la propuesta de una cultura universal, construida mediante la educación, cuyo objetivo sea el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales (art. 26).

Igualmente, en el artículo 29 se establece que “toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”. La comunidad como

epicentro de cultura social se convierte entonces en la base para el desarrollo de un discurso político, orientado a proporcionar en sus miembros formas de vida relevantes que se traducen en garantía de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, tales como el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado (art. 25) salud, bienestar, alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica y servicios sociales.

Estas referencias normativas contenidas en la Declaración, le conceden a la cultura de los derechos humanos un enfoque dirigido a la protección de derechos y libertades creados y elaborados desde un solo discurso de derechos, que parte del modelo de igualdad individual, preconizado por el liberalismo. La cultura que defiende la Declaración enfatiza el fortalecimiento de los derechos individuales de manera que el pluralismo cultural se respeta siempre y cuando su contenido no ponga en riesgo el ejercicio de estos derechos (art. 26).

Así las cosas, pareciera que el bien protegido que permitiría la perpetuación del discurso liberal, está, no solamente en la garantía del derecho a la propiedad o la participación política equitativa, establecidos en los artículos 17 y 21, sino en la preservación de la cultura de derechos humanos que posibilita la reproducción de los valores individuales del ideario liberal contenido en la Declaración.

La cultura —y las comunidades como depositarias de la misma— fungen como “instrumentos” necesarios para el desarrollo de la madurez moral del individuo, cuya protección es debida solamente por este hecho. Según Kymlicka, la idea de los derechos diferenciados del grupo no solo goza de un respaldo real sino que pertenece en rigor al discurso normativo del liberalismo. Aun cuando el reconocimiento de derechos de las minorías ha sido garantizado, la idea que subyace es la de una sola cultura (Kymlicka, 1998). Así, aun cuando la sociedad multicultural no es desdeñada per se solo se tiene en cuenta como antesala para la construcción de una “cultura societaria” (Colom, 1998) que no sería una opción más, sino la opción a la cual las diferentes culturas se verían abocadas inexorablemente.

De esta forma, la protección de las culturas por el sistema internacional de derechos humanos del cual hace parte la Declaración, está justificada en tanto que su puesta en riesgo implica un atentado a la potencia ontológica del individuo y por tanto, a su dignidad (Colom

1998: 132). Así las cosas, en contextos históricos donde las culturas han sido atacadas, las formas de reconstrucción de dignidad de sus miembros ha implicado en su mayoría, la promoción y protección de garantías jurídicas y políticas en términos de participación, acceso igualitario y reconocimiento cultural a los pueblos. En algunos casos, como el colombiano, el Estado ha desempeñado un aparente rol de neutralidad en el agenciamiento de las actuaciones de ciertas minorías como los pueblos indígenas, quienes desarrollan actividades políticas, administrativas y judiciales de forma autónoma en el territorio del resguardo.

Los pueblos indígenas, su cultura y justicia³. La Justicia en los pueblos

La justicia en las comunidades indígenas no corresponde a una institución especializada de la sociedad —como se concibe y opera en la cultura occidental— sino que hace parte de un conjunto de prácticas sociales relacionadas, comprendidas y exigidas, en distintos escenarios y momentos de la vida cotidiana, en eventos especiales o en acontecimientos trascendentales. Ni la justicia ni los derechos son estructuras fijas e inmutables que puedan ser escritas a perpetuidad.

La Ley es entonces la conciencia mítica extraída de las tradiciones y la cultura, vivida en la cotidianidad que enseña que la trasgresión y el error son parte de la condición humana, ya que el mal y el bien no son concebidos como opuestos sino como connaturales a todo sujeto y a la naturaleza.

En la concepción Nasa, el Bien y el Mal no son adjetivos, son verbos (malear, buenear), tampoco están opuestos sino integrados y no existe el uno sin el otro. En este sentido, las personas no son buenas ni malas: a veces “malean” o “bueanan”⁴. Siendo más precisos, en el

³ Las fuentes sobre las cuales se recaba la información presentada a continuación, surge del trabajo de investigación del equipo de investigación sobre justicia consuetudinaria de la Fundación Terre des Hommes —Lausanne—, que ha conseguido en el marco de grupos focales realizados en los departamentos del Cauca y Putumayo en Colombia.

⁴ Grupo Focal Cauca (Novirao) 2015.

nasayuwe —lengua Nasa— el opuesto de bueno (eu), no es malo, es no bueno (*eu-met*).

Los Nasas no piensan o se refieren a la existencia de las cosas en abstracto sino siempre en concreto a partir de la experiencia vivida, de lo visto y de lo sentido y no de lo imaginado o del deber ser de algo. En este sentido, los Nasas no hablan de la justicia desde una concepción deóntica sino desde una necesidad ontológica. En este orden de ideas, la justicia es, vivir en justicia: *yuwe ji'pjumee fi'zeni*, “poder vivir sin cometer una falta que pueda torcer al individuo de los principios de convivencia establecidos por los mayores”.

Reparar el daño significa aplicar el remedio, corregir, enderezar y reconstruir bajo los principios de aconsejar y dialogar con la persona hasta reintegrarla a la sociedad con igual valor y respeto que el que poseen los demás integrantes de la comunidad. Para lograr este objetivo es necesario ponerse en la situación del otro, es decir, “comenzar a corregir tomando el lugar de la persona que cayó en el error de torcerse, de enfermarse, hasta lograr que la persona tome conciencia de la necesidad de cambiar”.

Estas relaciones entre opuestos también son concebidas por los Kogi para quienes la noche no es lo opuesto al día, sino la “sabiduría que da origen al nacimiento de la Ley de Origen” y día es “luz que ilumina, lo creado”. La cultura es considerada principio y fin de todo lo justo: así como el sol calienta y le da luz a todo cuanto existe en la tierra, de la misma manera la justicia debe caminar por el mundo. La sombra que cada ser proyecta con la luz que *Serankwa* (sol) les da, es la luz y sombra que a cada cuerpo corresponde.

La justicia indígena en vez de estructurarse sobre un conjunto abstracto y fijo de derechos como ocurre en el derecho interno o internacional, se desarrolla y dinamiza en torno a la fuerza integradora de la cultura transmitida a través de la oralidad y la valoración de lo colectivo, en fin, a un sistema de obligaciones o deberes (no de derechos) que expresan un desconocimiento o desinterés por lo individual. Las normas tienen sentido y existencia en tanto que existe “el otro” o “lo otro” con lo que es menester relacionarse, en un espacio atemporal y mítico denominado cultura.

La cultura del Tull-Pta'nz-T'e Wala en el pueblo Nasa

El *pta'nz* es una de las categorías más profundas de la cultura Nasa. La traducción al español significa, “desarmonía o fuerza cósmica negativa”. Este concepto complejo y fundamental está presente en el entorno y en el individuo sin que éste pueda identificar su esencia por ser algo que está escondido o latente; sólo el *Të'wala* (hombre sabio) tiene el poder (conocimiento) para reconocer su presencia, que es diferente a la de su existencia.

Pasando de su carácter intangible a sus manifestaciones tangibles podría decirse que *pta'nz* es todo aquello que afecta negativamente las relaciones sociales de convivencia. Por lo tanto, cada vez que se transgreden las normas culturales se revela su presencia. Es pues todo aquello que genera desarmonía, desequilibrio, ya sea por causa de las acciones o conductas del individuo o del colectivo étnico o por las realizadas dentro del territorio por personas no indígenas que lo habitan o por personas foráneas que llegan de paso.

Bajo este contexto, son innumerables los hechos que originan el *pta'nz*, de allí que se lo conciba como una amenaza latente que atraviesa la vida cotidiana, las relaciones con el territorio y con el resto de grupos sociales que no pertenecen al pueblo Nasa. Enunciar sus múltiples manifestaciones es tarea de nunca acabar, no obstante, y a manera de ejemplo, se presentan algunas de sus expresiones o presencias, producto de transgresiones de la normatividad cultural étnica que regula las relaciones seres humanos-naturaleza.

En las relaciones seres humanos-naturaleza el *pta'nz* se origina por causas y/o se manifiesta en aspectos como los siguientes: (a) Cuando se penetra sin el ritual de refrescamiento a los espacios considerados como de mucho poder, salvajes, indomables (páramos, lagunas, bosques) o a lugares de individuo difícil acceso (peñascos, cañadas, pantanos, cuevas, bosques de vegetación primaria, aguas corrientosas) o que sobresalen por su topografía (montañas, cimas, rocas). (b) Cuando se realizan prácticas agrícolas en lugares clasificados como sagrados o no cultivables (páramos, montaña virgen). (c) Cuando se extraen recursos naturales del medio en forma desmesurada o sin pedir permiso a sus dueños tutelares y sin realizar el ritual de ofrecimiento. (d) Cuando se cultiva por primera vez un terreno o se construye una

casa sin las prácticas rituales recomendadas y/o sin la presencia del Të'wala.

En relación con las acciones o conductas asumidas por personas foráneas frente al territorio el pta'nz puede ocurrir como consecuencia de la presencia de grupos guerrilleros que suplantando mediante formas coactivas la labor de las autoridades étnicas o cuando recorren “libremente” el territorio, profanando con su presencia los espacios sagrados.

También ocurre el mismo fenómeno cuando las fuerzas armadas, por cualquier motivo, incluso el de orden público, hacen presencia en la región. En fin, podría decirse que la inminencia del pta'nz es tal que los Nasa la crearon como respuesta para afrontar los rituales de “refrescamiento y ofrecimiento” como prácticas preventivas y la “limpieza” como práctica terapéutica.

Conclusiones

De conformidad con lo expuesto es posible colegir que la función de la cultura en la construcción de la identidad individual asume dos perspectivas, una liberal desde el catálogo de derechos humanos contenidos en los tratados y normas internas e internacionales que promueven y desarrollan derechos individuales como presupuesto para el mantenimiento de las condiciones ideales que le permitan a las personas elegir el sentido de las opciones vitales que le son ofrecidas en la comunidad, sin perder su condición de individualidad. En ese sentido la cultura es el vehículo que moviliza el desarrollo moral del ser humano, a través de unos presupuestos jurídicos inamovibles —derechos humanos— que salvaguardan su condición de independencia respecto a la comunidad.

Por otro, se aprecian culturas con capacidad de crear vínculos de solidaridad intergeneracional a través de la ley de origen y el mito ancestral, que convive y se recrea permanentemente en la interacción entre individuos y la relación con la tierra. Esto posibilita la perpetuación de sentimientos de confianza, permanencia y unidad continuos entre todo aquello que conforma la comunidad: territorio, cultura e intersubjetividad. Como efectivamente sostiene Bhikhu Parekh (2000), la herencia ancestral debe ser cuidada y transmitida en el

tiempo, como una muestra de lealtad hacia los antepasados. En ese sentido la cultura es objeto de protección en sí misma y no en tanto que plataforma de capacitación individual.

Ahora bien, los sujetos morales son condicionados pero no determinados por la cultura. El aprendizaje moral es una necesidad funcional de todo individuo y las garantías mínimas para hacerlo efectivo requieren de una estructura jurídica de derechos que garantice la autonomía en situaciones en que la comunidad tiende a eliminar la libertad individual.

La permanente interacción e imbricación cultural que presenta el mundo contemporáneo, implica también la pertenencia a múltiples comunidades de práctica que generan variados referentes morales, incluso en comunidades indígenas. En ese orden de ideas, la interacción cultural y la multiplicidad de referentes que coexisten en las dinámicas sociales requieren ser abordadas desde su misma complejidad. Esto conlleva a una renovación de referentes culturales, tanto en culturas ancestrales como en indígenas, que posibilitan asumir a las nuevas generaciones los retos que se avecinan, por ejemplo, la cultura de protección al medio ambiente.

El Valor Jurídico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

Asier Garrido Muñoz¹

Cuando en 1945 los Estados se mostraron en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas “resueltos (...) a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre” y establecieron como propósito de ésta “realizar la cooperación internacional (...) en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos”, los firmantes no sólo afirmaron la voluntad estatal de situar al individuo en el centro del nuevo universo jurídico-internacional (en claro giro copernicano), sino que canalizaron la voz de los pueblos de las Naciones Unidas para crear “un nuevo proyecto de sociedad” (Szurek, 2005: 40).

Este nuevo proyecto de sociedad, surgido tras el desastre de la Segunda Guerra Mundial, iba a considerar el respeto a la dignidad del individuo, de la que los derechos humanos no son sino su manifestación más evidente, como uno de los fines más relevantes de la nueva Organización. Claro que la historia de la contradicción entre las grandes expectativas depositadas en el nuevo proyecto frente a la timidez del texto de la Carta a este respecto es bien conocida, y así la protección de los derechos humanos se dejó en un segundo plano, desplazándola, entre otras normas, a una disposición de apariencia más bien programática como el artículo 1(3) de la Carta y las normas sobre cooperación económica y social del Capítulo IX. Pero lo importante es que no quedó fuera de la Carta (Cassin, 1951: 245).

Quedaría pues para los diplomáticos y los intérpretes menos apegados a su letra la labor de reivindicar la originaria posición de los

¹ Letrado de la Corte Internacional de Justicia. Doctor en Derecho, LLM en Derecho Internacional Humanitario u Derechos Humanos; MA en Estudios Europeos. Las opiniones expresadas en este escrito lo son a título exclusivamente personal y no vinculan de ninguna manera a la institución para la que trabaja.

derechos humanos en la Carta. Entre los segundos, es inevitable citar aquí a Lauterpacht (1950: 150). Éste ya señalaba tempranamente que

“it would be contrary both to these requirements [of good faith and of decency] and to the principle of effectiveness if the repeated and solemn provisions of the Charter in the matter of human rights and fundamental freedoms, coupled with the clear legal obligation to promote respect for them by joint and separate action, were interpreted as devoid of the obligation to respect them”.

Y en una línea de pensamiento no muy distante, Cassin consideraba que el artículo 56 de la Carta, menos visible, impone a los Estados la obligación jurídica del respeto universal y efectivo de los derechos y libertades fundamentales (Aliston, Simma, 1988: 101).

La prueba más palpable de la relevancia de los derechos humanos en la CNU es que el 11 de diciembre de 1946 la recién inaugurada Asamblea General de las Naciones Unidas decidió, en su primera sesión, referir al Consejo Económico y Social un proyecto de Declaración de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales para su discusión y eventual aprobación (Asamblea General, 1946).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, texto programático resultante de la propuesta de la Asamblea General, se convirtió pronto en la interpretación autorizada de las disposiciones de la Carta sobre la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales del individuo. Fruto de un delicado consenso que incluye a Estados de muy diverso origen, su carácter jurídico-consuetudinario es ampliamente aceptado (Dinstein, 2007: 307-308, Orúa y Gómez Isa, 1997: 78; Riedel, 2002: 926), aún con los matices con los que se puedan acoger algunos derechos como el de “buscar” y “disfrutar” del asilo (Kjoerum, 1992: 220). La Declaración sigue siendo referente en el ámbito de la protección del individuo en derecho internacional, a pesar de las palmarias deficiencias de dicha protección en muchas partes del planeta, así como de los retos que plantea la sociedad globalizada actual. Ciertamente, la Declaración se beneficiaría de una puesta a punto que incluyera elementos imprevisibles en la época de la posguerra mundial. En particular, sería deseable afinar cuestiones relativas a la relación entre el individuo y el medio ambiente y el acceso a ciertos bienes básicos como comida y salud. Pero ante la ausencia de tiempos propicios para tales cambios, parece recomendar-

ble dejar que sean los mecanismos convencionales de protección de derechos humanos los que perfilen el alcance de tales obligaciones. Y es que la Declaración, más que por su carácter técnico-jurídico, ha de ser valorada por su inmenso poder simbólico e inspirador. Que así siga siendo por muchos años.

Marco de consenso universal que se ha desarrollado a lo largo del tiempo

Beatriz Londoño Toro¹

Uno de los mayores retos que tiene el avance de los derechos humanos en el mundo actual, se refiere al reconocimiento de la diversidad en todas sus manifestaciones frente a la pretensión de universalidad. La superación del paradigma liberal de unidad y homogeneidad hacia el respeto de la multiculturalidad como una realidad creadora.

El consenso en torno a los valores fundamentales plasmados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, debe leerse, 70 años después, en clave de multiculturalismo y pluralismo. Así se han plasmado los intentos internacionales y estatales de armonización normativa y respeto de derechos de los pueblos indígenas y tribales, de las minorías religiosas, culturales, sexuales, entre otras.

Una gran pregunta que permea también los cambios tiene que ver con los sujetos de los derechos humanos, pasando de la primacía del individualismo como eje en la defensa de los derechos humanos, hacia el reconocimiento de sujetos colectivos de derechos humanos, de la pluralidad y de nuevos sujetos de derechos humanos que se abren paso en el sistema universal, en los sistemas regionales y en las jurisdicciones nacionales.

Son numerosos los instrumentos internacionales que han sentado las bases para la garantía del multiculturalismo y el respeto por los grupos que representan la diversidad. Merece destacarse que el fundamento de ellos se encuentra en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales. Se referencian entre otros instrumentos, el Convenio 169 de la OIT (1989), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discrimi-

¹ Abogada UPB, Doctora en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Investigadora Senior Colciencias, Profesora Titular de la Universidad del Rosario

nación Racial (1965), La Declaración de las Naciones Unidas sobre las Minorías (1992), la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas de 1992 (Resolución 47/135), el Estatuto de Roma (1998), la Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad Cultural (2001) y la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007). De igual forma el trabajo de las múltiples instancias del Sistema de Naciones Unidas ha tenido que dar respuesta a las múltiples solicitudes de garantía de los derechos de las minorías

Hoy debemos entender que dentro de los valores universales de los derechos humanos se encuentra el reconocimiento de la multiculturalidad y la diversidad. La lectura de la universalidad de los derechos humanos trasciende hacia las garantías y el respeto de la dignidad, libertad, autonomía y no discriminación de estos grupos. Esto exige un rompimiento del paradigma hegemónico, la construcción de políticas diferenciadas, la educación para el respeto de la diversidad y la garantía de la no discriminación para las minorías que durante tantos años fueron invisibles para el sistema de derechos humanos y para los Estados.

Por otra parte, debemos recordar que en 1948 se lograron conquistas inimaginables representadas en la Declaración Universal de Derechos Humanos: en primer lugar destacamos que en aquella ocasión se obtuvo una aprobación sin ningún voto en contra y con solo 8 abstenciones por razones políticas y religiosas; esto evidencia consensos valiosos para la humanidad, que han permanecido y se han fortalecido en el tiempo; De igual forma se sientan las bases para la protección de los derechos humanos en lo que el profesor René Cassin (1951) denomina las “cuatro columnas” y la fachada, que integran el “pórtico” de la Declaración, la primera columna formada por los derechos y libertades de orden personal (art 3 a 11); la segunda, por los derechos del individuo en relación con los grupos de los que forma parte (art 12 a 17); la tercera viene constituida por los derechos políticos (art 18-21), mientras que la última se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales (art 22 a 27). Sobre estas cuatro columnas se sitúa un frontispicio, los artículos 28 a 30 que señalan los vínculos entre el individuo y la sociedad de la que forma parte.

Esta maravillosa arquitectura ha permanecido fuerte 70 años y hoy nos exige nuevos desarrollos y complementos, una interpretación acorde a los nuevos tiempos y realidades, la apertura hacia nuevos sujetos de los derechos humanos, la incorporación de nuevos derechos que han surgido como respuesta a necesidades sociales y urgencias humanitarias y el fortalecimiento de los instrumentos para el cumplimiento de la Declaración.

¿Qué sería del futuro de la humanidad sin los derechos humanos? Son hoy la herramienta central de las democracias en el mundo, son el pilar que sostiene el equilibrio cada vez más resquebrajado entre el poder del Estado y la vida de los pueblos. En una sociedad globalizada, los derechos humanos también se convierten en herramienta multinivel para la exigencia de garantías, respeto y cumplimiento, para que se escuche la voz, no solo de los seres humanos, sino también de nuevos sujetos representados por los hombres y mujeres que buscan la protección de la naturaleza, de otros seres vivos, de los animales y del planeta.

Una de las características más sorprendentes de los derechos humanos es la de su permanente evolución, su cercanía a las nuevas necesidades de la humanidad, su maravilloso potencial de incidencia en la transformación de la cultura. Por eso tantos quieren acabarlos, manipularlos, minimizarlos; pero esos intentos siempre serán evidenciados por miles, por millones de hombres y mujeres del mundo que no van a permitir el retroceso en sus derechos al pisotearse su dignidad.

Los defensores y defensoras de derechos humanos se han multiplicado en todo el mundo, a pesar de las amenazas, restricciones, censura, detenciones, desaparición y en muchos casos del homicidio. Esta es la fuerza que nos hace creer que los derechos humanos son y serán siempre la semilla y la mayor evidencia de la civilización.

Direitos Humanos e Justiça Internacional. Entre os Legados Coloniais e as Lutas pelo Futuro

Bruno Sena Martins¹

As leituras convencionais dos Direitos Humanos, hoje dominantes Sistema de Proteção Internacional de Direitos Humanos, precisam de ser reinventadas de modo a serem colocadas ao serviço de agendas de transformação e reconhecimento. Estamos perante o imperativo de uma validação recursiva de linguagens e formas de ser humano não contempladas pelo “universalismo estreito” dos direitos humanos hegemónicos. Os Direitos Humanos hegemónicos ou convencionais são-no por resultarem da sua origem monocultural ocidental, por terem estado ao serviço dos duplos critérios e das justificações imperia-listas na arena geopolítica, e por se constituem hoje como denomina-dores mínimos de direito, conquanto congruentes com a ordem global individualista, neoliberal e nortecêntrica (Santos, 2013).

Nas sociedades cujos conceitos de direito e justiça repousam numa matriz eurocêntrica, encontramos, reiteradamente, enquanto traço ca-racterístico, uma profunda omissão da violência colonial que forjou o sistema-mundo moderno (Wallerstein, 1974) encetado pela expansão europeia. Essa matriz eurocêntrica de modo algum se reduz à europa ou ao que comumente chamamos de Ocidente, pelo contrário, ela é muito evidente, igualmente, nos lugares em que a hegemonia dos valores coloniais deixou por herança relações de hierarquia, marca-damente racializadas e monoculturalistas, produzidas pelo nexu col-onial-capitalista.

O fôlego histórico do colonialismo e dos processos coloniais cons-titui, na verdade, uma evidência de que toda a justiça se inscreve numa

¹ Pesquisador do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra (CES/UC); Coordenador do Doutorado “Os Direitos Humanos nas Sociedades Con-temporâneas” do CES/UC.

historicidade que deve fazer viajar a noção de direito fundamental às injustiças históricas que sob ele se ocultam. A gramática dos Direitos Humanos, quando o humano é tido como dado impassível de discussão, a despeito das formas de constituição de sub-humanos, é disso um exemplo. A centralidade da justiça histórica para uma crítica ao privilégio de ser humano com direitos inscreve-se, pois, numa densa narrativa em que a luta pela sobrevivência da memória não é separável da luta dos sobreviventes que, no presente, inventam gramáticas de dignidade e reconhecimento.

Seguindo de perto de Ann Laura Stoler (2008), é lícito salientarmos a permeabilidade das sociedades contemporâneas às “formações imperiais”:

As formações imperiais são relações de força. Elas abrigam formas políticas que perduram além das exclusões formais que legislam contra a igualdade de oportunidades, dignidades comensuráveis e direitos iguais. Ao trabalhar com o conceito de formações imperiais em vez de império, a ênfase desloca-se das formas fixas de soberania e suas negações, para formas gradativas de soberania e para o que tem marcado longamente as tecnologias de domínio imperial —escalas deslizantes e contestadas de direitos diferenciados. As formações imperiais são definidas por razões racializadas de alocações e apropriações (2008: 193; tradução minha).

A noção de formações imperiais pretende colocar o enfoque seja nos matizes que a dominação imperial sempre assume, seja nas muitas ruínas —heranças coloniais— que permanecem vivas no presente, assombrando o futuro Stoler (2008: 194). Distinguimos, assim, a colonialismo enquanto processo político e militar, largamente destituído pelas lutas anti-coloniais, do colonialismo como a marca histórica deixada pelo encontro colonial, uma relação de dominação cultural, económica e política que se perpetuou noutros termos no período pós-colonial.

Trata-se, no fundo, de confrontar criticamente a sobrançeria civilizadora em que assentou muito do discurso colonial e que ainda define muito da relação do Ocidente com o resto do mundo. Nisto reside o imenso desafio colocados aos direitos humanos no confronto com as experiências, conhecimentos e valores de sujeitos e populações oprimidos, desqualificados e silenciados à luz das relações coloniais: historizar percursos sem os congelar no passado; reconhecer saberes e identidades sem negligenciar o quanto foi erradicado pelo colonialismo, o quanto foi constituído ora como resistência anticolonial e o quanto se

hibridou com a cultura do colonizador; e, finalmente, assumir que os direitos humanos precisam de ser descolonizadas na medida em fracassem em confrontar os privilégios e as assimetrias hegemonia global do paradigma económico e cultural da modernidade ocidental.

Condenados à irrelevância ou a uma instrumentalização cínica, a consequência mais lamentável de uma cristalização ou celebração acrítica dos Direitos Humanos será a perda de contacto com as lutas e com os saberes que, nas diversas latitudes do globo, os podem constituir como elemento constituinte de uma ecologia de dignidades humanas, interculturais e emancipatórias, marcadas pelas desigualdades do presente e pelas memórias de uma justiça histórica por cumprir. Aqui reside o paradoxo que nos deve interpelar. Os Direitos Humanos revelam, por um lado, uma plasticidade que revela o quanto podem ser aparte de radicais agendas de resistência no seio de lutas contra-hegemónicas, por outro lado, têm estado reféns da compreensão ocidental do mundo, e às formas de dominação que historicamente a sustentam. Perante este quadro a pergunta que se impõe é: será possível mobilizar os Direitos Humanos para a superação das linhas abissais criadas pela modernidade ocidental. Perante este quadro a pergunta que se impõe é: será possível mobilizar os Direitos Humanos para a superação das “linhas abissais” (Santos, 2007) criadas pela modernidade ocidental? A resposta a esta questão é decisiva os Direitos Humanos não sejam um “companheiro impotente” do neoliberalismo e do fundamentalismo de mercado (Moyn, 2014). Não só a vulnerabilidade da vida está desigualmente distribuída através do globo, como persistem lógicas de empatia e de reconhecimento de humanidade que impedem que determinadas vidas e sofrimentos se qualifiquem como “passíveis de luto²” (Butler, 2014).

Direitos Humanos e legados coloniais: povos indígenas e afrodescendentes na América Latina

A expansão oceânica europeia dos povos ibéricos, iniciada no século XV nas incursões de Portugal no Norte de África, viria a exercer o seu indelével impacto nas Américas a partir de 1492 com a chegada

² *Grievable lives*, no original.

de Cristóvão Colombo às américas (mais especificamente, a uma ilha que hoje pertence das Bahamas). Iniciou-se aí a colonização dos povos europeus, por onde se definiram muitas das assimetrias do mundo globalizado em que vivemos hoje, um processo que em poucos séculos mudou a face do “novo mundo,” instaurando uma realidade social profundamente marcada pela violência colonial e racista. Até ao século XIX, 12,5 milhões de africanos terão sido transportados para o continente americano no comércio transatlântico de escravizados³. Acredita-se igualmente que em meados do século XVII a população indígena das américas tenha caído para 5 ou 6 milhões, cerca de 10% do total original (Bethencourt, 2013: 266), vítimas de guerras, de escravização, de deslocamentos, guerras, massacres e doenças trazidas pelas caravelas. Estes dados são bem expressivos do genocídio que se abateu os povos indígenas, e exprimem igualmente a escala de um epistemicídio (Santos, 2014) que se traduziu num vasto apagamento de saberes: na perda de laços com o território, na extinção de línguas e tecnologias produtivas, na dissolução relações com o transcendente e com os ancestrais, e no aniquilamento de formas de arte e de cuidado.

Não obstante as independências iniciados no fim do século XVIII, as realidades nacionais dos países que delas emergiram seguiram sendo marcadas pelas hierarquias raciais e religiosas, e pelas linhas de exclusão que foram definidas no longo tempo colonial que, em certo sentido, nunca terminou. Tal sucedeu, em primeiro lugar, porque, com a exceção do Haiti, todas as independências nas américas conferiram poder aos descendentes dos colonizadores e às lógicas culturais por aqueles impostas. Em segundo lugar, porque o capitalismo industrial a pretensões monocultural da ciência moderna (naquilo a que muitos autores latino-americanos têm chamado “segunda modernidade”), conferiram renovada sustentação às formas de exploração e aniquilamento de saberes inauguradas pela senda colonial da “primeira modernidade”.

Perante este quadro, durante muito tempo o destino dos povos indígenas e dos afrodescendentes foi sendo prefigurado como um inevitável apagamento e subordinação ante a marcha do neoliberalismo

³ Para uma análise do banco de dados do tráfico transatlântico de escravos, consultar <http://www.slavevoyages.org/>

e do paradigma cultural da modernidade ocidental. No entanto, talvez de forma surpreendente, testemunhamos hoje o impacto de um itinerário de sobrevivência, luta e renovação dos povos indígenas e de comunidades afrodescendentes que se tornou crescentemente visível nas américas a partir da década de 1980. Perante um quadro de aniquilação e perda em que largamente se compõe aquilo que Anne Marie Stoler designou de “ruínas do império,” (Stoler, 2008), o facto é que os afrodescendentes e os povos indígenas têm promovido um ressurgimento identitário, político, cultural e social, num processo em que a resiliência cultural engendra o respigar de narrativas e tradições, o engendrar de estratégias adaptativas e a recriação de sentidos sobre as diferentes formas de ser indígena. Como diria James Clifford, “[c]ultural endurance is a process of becoming” (2013: 7), ou seja, a resiliência cultural produz a ontologia da identidade indígena e afrodescendente, criando-a e recriando-a. As recentes conquistas dos povos indígenas e dos afrodescendentes precárias como são, após séculos de exclusão e silenciamento, revelam a emergência de um actor político que terá de ser levado em conta. Assim, quando olhamos para as alterações constitucionais que traduzem o reconhecimento dos povos e nações indígenas em estados crescentemente plurinacionais, para as titulações demarcações de território das comunidades indígenas e quilombolas, para políticas públicas afirmativas, para o reconhecimento de culturas, línguas e sistemas próprios de educação, deveremos ter em linha de conta que estas transformações resultam das lutas e insurgências levadas a cabo contra a aculturação e o apagamento, e não de beneméritos concessões de estados benfazejos ou do humanitarismo dos Direitos Humanos ocidentais.

Considerações finais

Necessitamos de uma “memória pós-abissal” (Martins, 2016) no sentido em que uma memória anti-colonial será sempre mais do que uma remissão para o passado. É, isso sim, uma imaginação utópica e um memorando de que necessitamos de erradicar a violência colonial e a desigualdade racial para que outros mundos sejam possíveis. As lutas dos povos indígenas e dos afrodescendentes, em curso em pleno século XXI, alargam crucialmente a democracia política e cognitiva

das nossas sociedades, permitindo que um alargado confronto com a injustiça histórica em que se sustentam as conceções minimalistas de Direitos Humanos. Nesse sentido, o reconhecimento de uma dívida histórica deverá corresponder a um compromisso com o reconhecimento da diferença identitária e cultural, com a assunção do cariz plurinacional estado, com o respeito pelos territórios ancestrais de existência, com cosmovisões que alargam o “impacto ambiental” das intervenções humanas a ontologias sagradas, e com a existência de uma cultura própria e de uma educação que considere a centralidade de identidades silenciadas pela empresa colonial. Num momento em que os desafios democráticos, económicos e ambientais reclamam por renovadas políticas da existência e gramáticas de bem viver, dívidas e dávidas confundem-se no modo como, ironicamente, a vitalidade das lutas anticoloniais permite hoje que a modernidade ocidental se reinvente a partir das narrativas de existência que tão avidamente subjuguou. A reinvenção dos horizontes de justiça tem de ser feita em ativo diálogo, numa aprendizagem humilde, com gramáticas de existência e dignidade que foram silenciadas pela mesma modernidade ocidental que, há 70 anos, consagrou a universalidade dos Direitos Humanos.

La obligatoriedad Jurídica de la Declaración Universal

Carlos Villán Durán¹

Este artículo está ordenado a partir de las respuestas a las preguntas-guía recogidas en la metodología presentada por los organizadores —Instituto Joaquín Herrera Flores (IJHF), Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH) y Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH)— para componer esta obra crítico-reflexiva sobre el Sistema Internacional de Derechos Humanos.

La DUDH es considerada como un marco de consenso universal alcanzado en 1948, que se ha desarrollado a lo largo del tiempo. ¿Cómo comprender el multiculturalismo y los enfrentamientos entre culturas a partir de los valores consagrados en el universalismo de los derechos humanos?

Desde el punto de vista *político*, la DUDH ha sido cuestionada en ocasiones por Estados en vías de desarrollo de África y Asia que no habían participado en su redacción y aprobación por la Asamblea General, pues la mayoría de ellos eran todavía meras colonias en 1948. De ahí que la AG estuviera compuesta en ese momento por tan sólo 58 Estados.

En efecto, se observa en el texto de la DUDH el influjo de las tesis occidentales de la época, claramente dominantes en su confrontación con las de los Estados socialistas y las de los Estados en vías

¹ Profesor de Derecho internacional de los derechos humanos; codirector del Máster sobre Protección Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá; presidente de la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Antiguo miembro de la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (1982-2005).

de desarrollo. De ahí que se la haya tachado de “euro-céntrica”, supuestamente por no tener suficientemente en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos del mundo.

La DUDH se adoptó en 1948 con ocho abstenciones², de las que siete hoy se pueden considerar ampliamente superadas tras el fin de la *guerra fría* en 1989, lo que facilitó la adhesión plena de los Estados pertenecientes al entonces bloque socialista a los valores representados por la DUDH y el fin del régimen del *apartheid* en el África Meridional.

Pero fue muy significativa la abstención de Arabia Saudí, pues expresó de esa manera sus reservas a la DUDH, dictadas por la tradición cultural musulmana en materia de religión y de vida familiar. Tal abstención se refuerza hoy con la presencia de 57 Estados en la Organización de la Conferencia Islámica, que suscribieron la Declaración de El Cairo sobre los Derechos Humanos en el Islam, de 5 de agosto de 1990, algunas de cuyas disposiciones son de difícil compatibilidad con el DIDH. En 1997, este grupo de Estados —muy influyente en el actual Consejo de Derechos Humanos—, reiteró que el reconocimiento y total respeto a los principales sistemas legales del mundo, incluida la jurisprudencia islámica, es esencial para la promoción de la universalidad de la DUDH (Conferencia Islámica, 1997: 184, par. 1); abogó por la codificación de las normas islámicas y principios contenidos en la Declaración de El Cairo en un instrumento islámico de derechos humanos universalmente reconocido (Idem: 173, par. 2); y potenció la adopción de posiciones comunes en los foros internacionales de derechos humanos, en defensa de los valores encarnados por la *sharía* islámica (Idem: 175, par. 4,6).

Los particularismos culturales son bienvenidos, siempre que su aplicación suponga mejorar los estándares universales de protección. No es aceptable utilizar las diferencias culturales para justificar violaciones de normas imperativas de DIDH, que por definición son

² La resolución 217 A (III) de la Asamblea General se aprobó el 10 de diciembre de 1948 por 48 votos a favor, ninguno en contra y ocho abstenciones. Se abstuvieron Arabia Saudí, Bielorrusia, Checoslovaquia, Polonia, Yugoslavia, Ucrania, Unión Soviética y Unión Sudafricana. No participaron en la votación final Honduras y Yemen.

universales. Mientras algunos gobiernos enfatizan al máximo tales particularismos culturales, sus sociedades civiles reivindican la universalidad de los derechos humanos, incluidos los de las mujeres y los niños. Es el caso paradigmático de la República Islámica del Irán y Arabia Saudí, pues ambos utilizan la islamización de la cultura como cortina de humo tras la cual se ocultan serias violaciones de derechos humanos.

La alta politización y la mayoría absoluta que tienen los Estados africanos y asiáticos en el seno del Consejo DH (en total suman 26 votos de 47), hacen temer por el futuro del valioso sistema de procedimientos especiales. Así, el Consejo DH se manifiesta cada vez más hostil a los mandatos *geográficos*, habiendo reducido a catorce su número (en los últimos años han desaparecido los relativos a Cuba, Belarús, Haití y R.D. del Congo). En vez de confiar a un relator especial el estudio de la situación de los derechos humanos en un país en dificultades, los Estados interesados prefieren que ese estudio lo realice el Alto Comisionado precisamente porque no es un experto independiente, sino un alto funcionario de la Organización (Colombia, Guatemala, México, Afganistán, Iraq, Irán, Chad, Ruanda, etc.), o simplemente que no se realice una investigación semejante (Guinea Ecuatorial, Venezuela, Marruecos, Argelia, Túnez, Libia, Egipto, China, Indonesia, Malasia, etc.).

La interdependencia, indivisibilidad e interrelación de todos los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y el derecho al desarrollo) fueron reconocidas en la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993) como una complementariedad necesaria. En su opinión, ¿se ha consolidado este entendimiento de los derechos humanos en la práctica?

Desde el punto de vista sustantivo, la DUDH es el primer instrumento de alcance universal en el que se sientan las bases de la indivisibilidad e interdependencia de *todos los derechos* (económicos, civiles, culturales, políticos y sociales), al reconocerlos con el mismo grado de convicción y la misma necesidad de protección.

Pero el DIDH adoleció de un fuerte desequilibrio en el tratamiento de los diferentes derechos, pues durante la *guerra fría* (1945-1989) se primó el desarrollo de los derechos civiles y políticos, lo mismo que el establecimiento de mecanismos de control internacional de su aplicación, mientras que la definición y la aplicación internacional de los DESC quedaron relegadas.

Esa desafortunada situación cambió en 1993 con la Declaración de Viena, que reiteró que “*Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí*”. Sin embargo, hubo que esperar a 2008 para que la AG trasladara al Derecho positivo la Declaración de Viena mediante la adopción del Protocolo Facultativo al PIDESC. Tal Protocolo constituyó un hito histórico en el largo camino de la equiparación real de todos los derechos humanos, pues reconoció la justiciabilidad de los DESC en el plano internacional, al habilitar al Comité DESC para recibir quejas individuales por presuntas violaciones de cualquiera de los derechos consagrados en el PIDESC. Pero la todavía escasa ratificación del Protocolo (23 Estados en 2018) pone de relieve la resistencia de los Estados en aceptar en la práctica la equiparación real entre ambos tipos de derechos.

Una lectura actual de la DUDH, con proyección en la comunidad internacional del Siglo XXI, exige el desarrollo de su art. 28, reivindicando con determinación los derechos humanos de la solidaridad o de “síntesis”. Parten de la afirmación de la interdependencia de todos los derechos humanos, empezando por el derecho a la vida y a la dignidad del ser humano, del que emanan forzosamente todos los demás derechos. Así, se reclama la pertinencia del *derecho humano a la paz, el derecho al desarme, el derecho al desarrollo económico y social de los pueblos, y el derecho al medio ambiente*.

Los jefes de Estado y de gobierno aprobaron en 2015 los 17 *objetivos de desarrollo sostenible* y 169 metas conexas, que se comprometieron a alcanzar en el horizonte del año 2030. La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible promete no dejar a nadie atrás. Los derechos humanos deben ser el fundamento de todos los progresos si queremos una comunidad internacional más justa, democrática y equitativa, capaz de asumir los retos globales que la Humanidad tiene planteados en materia de paz y seguridad internacionales, desarrollo sostenible y

respeto a los derechos humanos universalmente reconocidos, los tres pilares sobre los que se asienta la Carta NU.

Si nos detenemos en el *derecho humano a la paz*, se constata que es objeto de violaciones sistemáticas producto de la violencia armada *directa* (persisten más de 50 conflictos armados en el mundo, muchos de ellos olvidados) y de la violencia *estructural* que generan la extrema pobreza y la hambruna que, lejos de reducirse, podrían afectar en 2020 a 1.200 millones de seres humanos, la mayoría de ellos mujeres y niños de los países del Sur. Otras manifestaciones de violencia, como la de *género*, la *laboral*, la *escolar* y la *familiar*, completan el desolador panorama de nuestras sociedades, en las que paradójicamente impera una *cultura de violencia* sobre la cultura de paz.

Si la paz es una exigencia ética en las relaciones internacionales, el *derecho humano a la paz* es igualmente un imperativo legal con el que se identifica la sociedad civil de todo el mundo, porque es una exigencia de civilización que está por encima de todo particularismo regional, histórico o cultural.

¿Hasta qué punto las intervenciones “humanitarias” y la propia racionalidad neoliberal utilizan el discurso ambivalente de los derechos humanos para otros fines?

La cumbre de jefes de Estado de 2005 afirmó la responsabilidad de los Estados de proteger a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. También incumbe esa responsabilidad a la comunidad internacional conforme a los capítulos VI y VIII de la Carta NU utilizando medios pacíficos apropiados, como los diplomáticos y los humanitarios. Si los medios pacíficos resultaran inadecuados, la cumbre se mostró dispuesta a adoptar medidas colectivas por medio del Consejo de Seguridad e incluso sanciones en el marco del capítulo VII de la Carta NU.

Así ocurrió con la crisis de Libia de 2011, en la que el CS estableció una zona de exclusión aérea y autorizó todas las medidas necesarias para proteger a la población civil, lo que realizó la OTAN con participación de España. Pero los resultados obtenidos (caída del régimen de Gadafi y creación de un Estado fallido más) pusieron de relieve que las potencias occidentales actuaron una vez más movidas

por el control de los enormes recursos naturales de Libia (petróleo y gas) y no por la seguridad humana de la población libia.

En consecuencia, los Estados en vías de desarrollo se oponen a la consolidación de la *responsabilidad de proteger* en el marco de las NU, porque observan con mucho recelo a un CS que no es capaz de asumir las responsabilidades que le ha confiado la Carta NU en materia de seguridad colectiva. Para recuperar la credibilidad, el CS debe reformarse para ser más democrático y transparente; el derecho de veto de los P5 debe abolirse; y la sociedad civil debe participar en los trabajos del CS.

¿Cuál es en su opinión el valor jurídico de la DUDH en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos actual?

La DUDH es el primer instrumento jurídico mundial que recoge en 30 artículos magistrales los derechos y libertades fundamentales del ser humano, fundamentados en la dignidad e igualdad del género humano. De lo que se deduce que la dignidad inherente a toda persona humana desde su nacimiento, así como sus derechos y libertades, son inalienables e imprescriptibles, anteriores a todos los poderes, incluidos los del Estado, quien puede reglamentarlos pero no derogarlos.

Sobre estas premisas y con el transcurso del tiempo, la comunidad internacional ha ido legitimando progresivamente el alcance moral, político y jurídico del contenido de la DUDH. En 1948 fue proclamada por la AG como un documento de alcance moral, pues representaba el “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”, asegurando “su reconocimiento y aplicación universales y efectivos” entre todos los pueblos, por encima de las distintas ideologías y criterios sobre el origen y la naturaleza de los derechos humanos.

Las dimensiones política y jurídica de la DUDH se vieron posteriormente respaldadas con la aprobación en 1966 de los dos Pactos, en cuyos preámbulos se reiteran los principios ya enunciados por la Carta y la DUDH al reafirmar que tales derechos “se derivan de la dignidad inherente a la persona humana”, y al reconocer que, con arreglo a la DUDH, “no puede realizarse el ideal del ser humano libre (...), liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condicio-

nes que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”.

La estrecha sintonía entre la DUDH y los dos Pactos se debe a que, ya en su primer período de sesiones (1948), la AG encargó a la Comisión de Derechos Humanos la redacción de una Carta Internacional de Derechos Humanos, que finalmente quedó formada por cinco textos bien diferenciados, a saber: la DUDH de 1948, que proclama los principios generales de derechos humanos; los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos (PIDCP y PIDESC) de 1966, que consolidan esos principios en normas jurídicas obligatorias para los Estados Partes; un primer Protocolo Facultativo al PIDCP —también adoptado en 1966—, que establece el mecanismo de quejas individuales ante el Comité de Derechos Humanos en caso de violación de alguno de los derechos contenidos en ese Pacto; un segundo PF al PIDCP —destinado a abolir la pena de muerte— añadido en 1989; y, por último, el 10 de diciembre de 2008 se adoptó el ya mencionado PF al PIDESC.

La suerte de la Declaración —un simple conjunto de principios de alcance moral agrupados en 30 artículos—, quedó ligada en la Organización, a partir de 1966, a la de los tres textos convencionales aprobados en esa fecha, que imponían obligaciones jurídicas precisas para los Estados Partes, al tiempo que confirmaban el alcance jurídico de muchos de los principios enunciados en la DUDH.

Además, la DUDH fue creciendo en autoridad política y jurídica a medida que la Organización la confirmó como fuente de inspiración de todo el proceso codificador posterior del DIDH, formado hoy por más de 200 tratados internacionales y numerosos instrumentos de D. internacional general. En consecuencia, para los órganos de derechos humanos de las NU, la DUDH goza hoy de una autoridad moral, política y jurídica indiscutible, sólo superada por la Carta NU.

De otro lado, la DUDH consagra el reconocimiento internacional de los derechos y libertades de *todos* los seres humanos, sin que quepa formular ningún tipo de discriminación por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o *cualquier otra condición* de la persona o del territorio de cuya jurisdicción dependa. La última frase (“cualquier otra condición” de la persona) permite

abarcar las nuevas formas de discriminación que se producen en la sociedad actual y que, desde luego, no estaban contempladas en el texto de la DUDH, puesto que algunas de ellas ni siquiera se conocían en el momento de su redacción. Así ha ocurrido con la prohibición de medidas discriminatorias contra las personas infectadas por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) o enfermas de SIDA, lo mismo que la discriminación basada en el estado civil, la edad, la orientación sexual, las minusvalías físicas o psíquicas, o la condición de inmigrante con o sin papeles.

La proclamación de los principios de igualdad ante la ley y no discriminación en el disfrute de los derechos humanos, ha sido la clave del éxito posterior de la DUDH, pues se trata de principios profundamente enraizados en la dignidad de la persona y han sido recogidos en numerosos instrumentos internacionales, muchos de ellos convencionales, que han sido elaborados en el seno de las NU y otras organizaciones internacionales, bajo la invocación de su fuente inspiradora común: la DUDH. Por tanto, es lógico que hoy se afirmen como principios estructurales del moderno DIDH.

El *valor jurídico* de la DUDH ha variado con el tiempo. Ya en el momento de su elaboración, tres de sus “padres” en la Comisión de Redacción del proyecto de Declaración (el francés René Cassin; el libanés Charles Malik; y el chileno Hernán Santa Cruz) habían apostado en minoría por su carácter jurídico y vinculante, pues la consideraban un desarrollo obligatorio de la Carta NU.

Pero forzoso es reconocer que los 48 Estados que votaron el 10 de diciembre 1948 fueron conscientes de que no se trataba de un tratado internacional, sino de una resolución —la 217 A (III) de la AG— desprovista de todo efecto jurídico inmediato. Buena prueba de ello es que el mismo día la AG aprobó otra resolución exhortando a la Comisión de Derechos Humanos a preparar un proyecto de tratado que diera fuerza jurídica a la Declaración.

Veinte años más tarde, la primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos aprobó en 1968 la “Proclamación de Teherán”, reafirmada por más de 120 Estados. En esta oportunidad se afirmó, *inter alia*, que la DUDH “enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables... y la declara obligatoria para la comunidad internacional”. Esta frase subrayó el carácter

jurídico y vinculante emergente de la DUDH, pero no respecto a los Estados, sino respecto a la comunidad internacional organizada en el marco de las organizaciones internacionales intergubernamentales de cooperación.

Veinticinco años después, la segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos reunida en Viena en 1993 (más de 170 Estados) declaró que la DUDH “constituye una meta común para todos los pueblos y todas las naciones”, por lo que “es fuente de inspiración y ha sido la base en que se han fundado las Naciones Unidas para fijar las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos”, en particular los dos Pactos ya citados.

Así pues, aunque reconoce la enorme influencia que ha tenido la DUDH en el desarrollo del moderno DIDH, la Declaración de Viena no se pronuncia sobre el valor jurídico de la DUDH. Lo que significa que en 1993 los Estados no alcanzaron el consenso necesario para revalidar el valor jurídico imperativo de la DUDH, al menos en los términos expresados por la Proclamación de Teherán.

Desde la óptica interna de las NU, no cabe duda de que la práctica reiterada de sus órganos principales, así como los subsidiarios que se ocupan de los derechos humanos, lo mismo que la de los organismos especializados y las organizaciones internacionales regionales, invocan constante y consistentemente la DUDH como fundamento de la labor codificadora y de desarrollo progresivo de los derechos humanos en el sistema de la Organización. La DUDH se utiliza también dentro de la Organización para medir los progresos de los Estados en materia de derechos humanos. En el sistema extra-convencional de protección la DUDH es el derecho mínimo aplicable a todos los Estados investigados en casos de violaciones masivas de derechos humanos. En definitiva, la DUDH tiene un valor jurídico innegable *ad intra*, que la práctica ha convertido en obligatoria en el actuar de los órganos legislativos y de ejecución del sistema.

Por el contrario, la Declaración de Viena significó que para los Estados miembros de la Organización la DUDH no disfruta en su totalidad de valor imperativo. Por lo que su efecto jurídico *ad extra* de la Organización, sobre todo en lo que se refiere a los Estados, se debe medir en función del comportamiento de los mismos. Esta situación perdura en la actualidad, pues es un reflejo de la contradicción consis-

tente en que, de una parte, la práctica unanimitad de los 193 Estados que hoy son miembros de las NU acepta formalmente la DUDH como aplicable a sus relaciones internacionales. Pero, de otra parte, más allá de la retórica, el hecho es que en el ámbito interno de muchos Estados se continúan violando los derechos consagrados en la DUDH.

Consecuentemente, se debe confrontar la práctica de las organizaciones internacionales con la de los Estados para determinar qué derechos consagrados en 1948 forman hoy parte de los principios generales del Derecho y de las normas consuetudinarias internacionales, siendo a ese título obligatorios para los 193 Estados miembros de las NU, más allá de los tratados internacionales que hayan podido suscribir.

Así, los derechos a la vida e integridad de las personas, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, la irretroactividad de la ley penal y las libertades de pensamiento, conciencia y religión, así como el principio de no discriminación (“núcleo duro” establecido en el Art. 4 del PIDCP), gozan de una aceptación generalizada, por lo que son obligatorios para todos los Estados a título de principios generales del Derecho o de normas consuetudinarias internacionales.

Otros principios de la DUDH se han desarrollado en tratados internacionales que crean obligaciones precisas únicamente para los Estados Partes. En cambio, otros derechos reconocidos en la DUDH tales como el derecho a la nacionalidad, la libertad de circulación, el derecho de propiedad o el derecho al asilo, no fueron concretados en tratados que precisen su contenido y los hagan justiciables. En estos casos, es evidente que se trata de simples pautas jurídicas que se ofrecen a los Estados, pero no son de carácter obligatorio.

Por tanto, 70 años después de ser aprobada, la DUDH continúa siendo el ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse. En el plano jurídico, la DUDH ha ganado una autoridad sólo comparable a la de la propia Carta dentro del sistema de las NU (obligatoriedad *ad intra*), mientras que en las relaciones de la Organización con los Estados (dimensión *ad extra*) su obligatoriedad se limita a aquellos principios que han sido confirmados como reglas imperativas (principios generales del Derecho o normas consuetudinarias internacionales) por la comunidad internacional de Estados en su conjunto.

Declaración Universal de los Derechos Humanos y alternativas al multiculturalismo

Carlos Zamora Valdez¹

Este artículo está ordenado a partir de las respuestas a las preguntas-guía recogidas en la metodología presentada por los organizadores —Instituto Joaquín Herrera Flores (IJHF), Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH) y Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH)— para componer esta obra crítico-reflexiva sobre el Sistema Internacional de Derechos Humanos.

La DUDH es considerada como un marco de consenso universal alcanzado en 1948, que se ha desarrollado a lo largo del tiempo. ¿Cómo comprender el multiculturalismo y los enfrentamientos entre culturas a partir de los valores consagrados en el universalismo de los derechos humanos?

En la era de la globalización, entendida como el período de tiempo —iniciado simbólicamente con la caída del muro de Berlín en 1989, y en el que aún nos encontramos inmersos— en donde una serie de actores internacionales o nacionales, que con su interacción originan diferentes fenómenos que componen el actual sistema internacional (Palomo, 2011), se han generado múltiples consecuencias, que van desde el rápido desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones, hasta una interdependencia global, pues lo que pasa en algún punto del mundo, tiene repercusiones en el resto del planeta.

¹ Especialista en Derechos de las Personas Desaparecidas y sus Familiares; y Maestro en Derecho con acentuación en Sistema Acusatorio Penal por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Autónoma de Coahuila (México); es también Maestro en Derecho con especialización en Litigación Oral, por la *California Western School of Law*. Actualmente es investigador adscrito al Centro de Educación Jurídica de la Academia Interamericana de Derechos Humanos.

Con este proceso de internacionalización, hemos sido testigos de una transformación en la dinámica social, económica, cultural y geopolítica, siendo una de sus principales consecuencias, con características multifacéticas: la redefinición y la intensificación de los movimientos migratorios. Movimientos con los que, por un lado, han aumentado significativamente las cantidades de personas migrantes, mientras que, por otra parte, han cambiado tanto los estados de origen, como los estados destinatarios de la inmigración (Spigno, 2013: 1).

El aumento en la migración, aunado al cada vez más fácil acceso a las tecnologías de la información y de las comunicaciones, ha permitido descubrir y redescubrir los usos y costumbres, así como la cultura, de territorios hasta hace muy poco tiempo conocidos y difundidos. Así, ambas circunstancias se han combinado, propiciando la convivencia de diferentes ideales, prácticas y culturas totalmente distintas entre sí, facilitándose con ello, por un lado, su difusión y arraigo, pero otro, su crítica y puesta en duda.

Por ello, hoy en día, es prácticamente imposible pensar en un mundo en el cual no convergen esas distintas ideas e identidades culturales. Sin embargo, ciertos aspectos de esa convergencia han colisionado con los principios reconocidos y establecidos desde hace setenta años, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, surgiendo así distintas cuestiones en torno a los enfrentamientos culturales y los valores consagrados en la DUDH.

Es claro que la globalización abrió paso al multiculturalismo, generalmente multiétnico, facilitándose aún más durante la era digital en la que vivimos. Sin embargo, el multiculturalismo no solo ha generado consecuencias positivas, sino que, con ello, en ocasiones también se han presentado conflictos con los principios mínimos de igualdad de derechos de los hombres y las mujeres; la dignidad; y el valor de la persona humana, principios sobre los cuales se basan, teórica y prácticamente, los derechos humanos (Arias, 2016: 7).

Recordemos que, el camino para el reconocimiento y consolidación de los derechos humanos no ha sido sencillo, sino más bien éste ha sido largo y sinuoso. Desde la liberación de esclavos y la declaración de la libertad religiosa con el Código de Hammurabi, tras los abusos de Ciro el Grande al conquistar Babilonia; pasando luego por

las inconformidades de pueblos y naciones, que originaron guerras y declaraciones de independencia; hasta los movimientos revolucionarios basados en la libertad, la igualdad y la fraternidad de los hombres, tras los que se emitió la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, en todo momento la historia de los derechos humanos ha estado marcada por sangre y derrotas.

No obstante, a pesar de los grandes logros obtenidos en cada movimiento o lucha histórica, con el pasar de los años se ha vuelto necesario positivizar esos logros, buscando con ello el respeto y continuidad de los mismos. Así, durante el siglo XX —dice Zaffaroni— la más importante de las transformaciones jurídicas está dada por la internacionalización de los derechos humanos, pues la aspiración de la positivización internacional de tales derechos constituye el establecimiento de una antropología jurídica mínima, que permite el ejercicio de los derechos, así como la elaboración de controles jurisdiccionales que tiendan a preservar sus pautas (2007: 8).

Sin duda alguna, la DUDH es uno de los principales instrumentos con el cual se consolidó la positivización internacional del reconocimiento de los derechos humanos. Específicamente, en su artículo primero (ONU, 1948) se sostiene que: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”, con el cual se afirma la igualdad de derechos para todos y para todas. De igual manera, en el artículo segundo de la Declaración, se establece que no se hará ninguna especie de distinción con motivo de la condición política; jurídica; o internacional del país o territorio al cual pertenezca una persona, con lo que se confirma el alcance de los derechos humanos y la obligación de los Estados de garantizarlos.

Sin embargo, al analizar tan solo los dos primeros artículos de la DUDH, como ya se ha señalado, surgen fácilmente diversas cuestiones, sobre todo al enfrentar las ideas sostenidas en la Declaración, frente a ciertos usos y costumbres, reflejo de la identidad cultural de grupos y pueblos. En todo caso, ¿tendría que ser obligatorio el respeto y cumplimiento de los derechos contemplados en la Declaración?, o

¿bastaría con sugerir su aplicación, siendo solo una guía orientadora de la actuación de los Estados?

Existen tres distintas opciones que pueden plantearse para tratar de responder las cuestiones anteriormente señaladas. La primera opción consiste en la imposición de los ideales liberales trazados con los derechos humanos, a los pueblos que no los siguen o respetan; la segunda opción consiste en aceptar el estilo de vida y costumbres de las comunidades, siempre que respeten los derechos humanos; y, por último, la tercera contempla la necesidad, no solo de aceptar la diversidad, sino fomentar su práctica (Guerra, 2007:1).

La primera de las tres opciones se identifica con los ideales liberales, considerándose con ella que la función del Estado es garantizar el acceso a los derechos básicos, alcanzados luego de las diversas luchas históricas trascurridas en el desarrollo de la humanidad. En tal sentido, esta opción considera válido imponer los grandes principios garantizados a través de los derechos humanos, los cuales están incluidos en el “coto vedado” de Garzón Valdés, o dentro del “territorio inviolable” de Bobbio. Ambas, categorías filosófico-políticas, que expresan el principio político, clásicamente liberal, de los límites impuestos a las decisiones políticas, aunque sean propuestos por las mayorías (Ferrajoli, 2008: 337).

En ese sentido, Ernesto Garzón señala que dentro del “coto vedado” se encuentra la homogeneidad, con la cual, todas las personas deben tener acceso a los bienes que permiten disfrutar de los derechos básicos, sin embargo, cumplir con esa homogeneidad, podría significar la violación o vulneración del respeto a la identidad colectiva de las minorías (1993: 36). No obstante, al emplearse esta postura, “los derechos humanos serían, aún con buena intención, una imposición más de Occidente” (Guerra, 2006: 2).

Por otro lado, la segunda opción planteada es un poco más moderada, la cual, si bien se plantea aceptar y respetar el estilo de vida y las costumbres de las colectividades, en éstas, deben respetarse exigencias mínimas de cumplimiento de los derechos humanos, sin que sea válido —señala Guerra González haciendo referencia a John Rawls— decir que los derechos humanos son de corte liberal, o propios del pensamiento occidental, sino que más bien los derechos humanos son “políticamente neutrales” (Guerra, 2007: 8).

Así, para Rawls, el respeto de por lo menos esos derechos, luego de la Segunda Guerra Mundial, son aplicables a todas las sociedades, quedando excluidas de la “justa sociedad de los pueblos”, los Estados que violen los derechos humanos (Guerra, 2007: 8). De igual manera, Rawls sostiene que el respeto del mínimo de derechos, es la condición necesaria para legitimar un régimen, al mismo tiempo que fijan un límite al pluralismo entre los pueblos, excluyéndose así la justificada intervención de otros pueblos mediante sanciones económicas o la fuerza militar (2007: 8). Lo preocupante de esta postura sobresale al recordar que, en todos los países —en menor o mayor medida— actualmente existen violaciones a los derechos humanos, lo que en todo caso justificaría la intervención entre los pueblos.

Por último, la tercera alternativa que se ha planteado, consiste en desarrollar a la par, la autonomía personal de los miembros de las comunidades; la facilitación al acceso de sus derechos; y la promoción de sus costumbres. Lo anterior, pareciera ser la opción más completa, ya que, con ella, no solo se estarían tolerando las distintas expresiones culturales, sino que se apoyaría, desde la acción del Estado, la continuidad de las formas de vida de las minorías étnicas (Guerra, 2007: 10), sin perder de vista la necesaria promoción y difusión de los principios básicos contemplados tras la internacionalización de los derechos humanos.

Está claro que la realidad social avanza de manera mucho más rápida que el derecho, por lo que, cuando se propone alguna estrategia o método para la resolución de una necesidad, ésta ya se ha modificado, incorporándose a ella nuevas aristas. Sin duda la evolución de las sociedades, y en su conjunto de la sociedad internacional, continuará siendo rápida y sin control, con lo que se presentarán nuevos retos para la protección real y efectiva de los derechos humanos. Sin embargo, la globalización y las tecnologías de la información y de las comunicaciones no solo facilitan el desarrollo de nuevas problemáticas, sino que, de igual manera facilitan la evolución y complementación de los principios y valores base de los derechos humanos.

Debemos considerar la DUDH como un documento vivo, sujeto a la interpretación y la incorporación de nuevos criterios, por lo que la positivización de los derechos humanos no debe entenderse como una camisa de fuerza limitante, sino más bien como un piso mínimo

del cual debemos partir, hasta lograr el efectivo cumplimiento de los derechos de la colectividad, sin pisotear los derechos del individuo, parte del todo, facilitándose así, la comprensión de los enfrentamientos entre el multiculturalismo y los derechos humanos.

Las dimensiones del universalismo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

Carmelo Faleh-Pérez¹

Este artículo está ordenado a partir de las respuestas a las preguntas-guía recogidas en la metodología presentada por los organizadores —Instituto Joaquín Herrera Flores (IJHF), Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH) y Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH)— para componer esta obra crítico-reflexiva sobre el Sistema Internacional de Derechos Humanos.

La DUDH es considerada como un marco de consenso universal alcanzado en 1948, que se ha desarrollado a lo largo del tiempo. ¿Cómo comprender el multiculturalismo y los enfrentamientos entre culturas a partir de los valores consagrados en el universalismo de los derechos humanos?

Casi setenta años después de su aprobación, no obstante la imprevista europeo-occidental de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), sigue teniendo notoria importancia subrayar su relevancia y utilidad. No solamente por ser uno de los primeros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales con alcance universal, aun no siendo tratado, sino también porque le corresponde el mérito de haber dado precisión y desarrollo a las pocas y algo inciertas referencias preambulares y disposiciones que la Carta de las Naciones Unidas introdujo en esa ma-

¹ Profesor doctor contratado del área de Derecho internacional público y Relaciones internacionales, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Secretario general y asesor jurídico de la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

teria. Para comprender la multiculturalidad y, por tanto, esa realidad que lleva tiempo con nosotros, en buena parte de nuestras ciudades y países, donde conviven —o tratan de hacerlo— y se enfrentan personas vinculadas a una pluralidad de culturas, credos o convicciones, lenguas, etnias, razas, orígenes, costumbres, tradiciones... ¿cabe referirse a la DUDH y hallar en ella incorporados valores que, por pertenecer a todas las personas o ser aptas para ello, merecen considerarse propiamente universales?

Hoy la pregunta puede abordarse en tres planos o dimensiones distintos que —siendo complementarios y difícilmente separables a la hora de entender las reglas jurídicas de convivencia— no nos proporcionan la misma respuesta. Se trata del derecho internacional positivo, de los fines o metas que éste persigue o pretende incorporar y el acontecer histórico.

En el primero de esos planos (derecho positivo), sin perjuicio de un examen más detenido del valor jurídico de la DUDH, puede decirse que esta proporciona ya valores universales reconocidos en la práctica de la mayoría de los Estados, alcanzando algunas de sus disposiciones la importancia que tiene el derecho llamado “necesario” (*ius cogens*). En la dimensión de los fines o metas del orden internacional, podemos referirnos a la concepción personalista defendida por el profesor De Visscher al ocuparse de los fines humanos como base del orden internacional e invocar la necesidad de asignar al interés humano una situación de preeminencia en el orden de los valores y la necesidad de los Estados de convertir tal interés en el punto de convergencia de su colaboración, pues la regeneración del orden internacional y de una sociedad internacional en crisis, como la moderación del poder de los Estados, solo son posibles manteniendo el respeto a los valores de la persona humana (De Visscher, 1962: 134-135). Sin perjuicio de lo anterior, la tercera de las dimensiones (el devenir histórico de las naciones y los pueblos) impone una dosis de realismo inevitable: la transición de los pueblos y los Estados desde regímenes opresivos hacia otros que reconozcan y respeten los derechos de la persona humana no es, ni ha sido, pareja. En cada Estado, las dispares realidades sociales, políticas, económicas, culturales, religiosas y de otro orden acarrean distintas velocidades en ese recorrido, que sufre avances pero también retrocesos, de reconocimiento y respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todas las personas, sin hacer

distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. Esa exigencia de realismo no significa legitimar las particularidades nacionales y regionales ni los diversos patrimonios históricos, culturales o religiosos que socavan los valores universales vinculados al respeto de la dignidad humana, sino tan solo tener presente la necesidad de conocer debidamente tales particularismos al objeto de abordar, en una sociedad globalizada, los cauces idóneos para conseguir que la DUDH sea, junto con las convenciones y tratados universales que la desarrollan, instrumentos que conciten los consensos para que, como se considera en la misma DUDH, la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana sean la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo. Para lograrlo, la educación en los contenidos de la DUDH es el más básico y esencial de los instrumentos, en ese esfuerzo al que se refiere la Constitución de la UNESCO (1945) para erigir los baluartes de la paz en la mente de las personas, dado que es aquí donde nacen las guerras. En este sentido, reteniendo que la DUDH es también “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”, conviene recordar su artículo 25 que reconoce el derecho de toda persona a la educación y que a través del “pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz”.

La interdependencia, indivisibilidad e interrelación de todos los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y el derecho al desarrollo) fueron reconocidas en la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993) como una complementariedad necesaria. En su opinión, ¿se ha consolidado este entendimiento de los derechos humanos en la práctica?

Entender o, mejor, comprender y abrazar la afirmación de que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí” y de que “la comunidad interna-

cional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso” (Declaración y el Programa de Acción de Viena, 1993, Parte I, párr. 5) no es fácil, ni evidente. Probablemente, a nivel individual, una abrumadora mayoría de personas en el mundo comprende y comparte esa afirmación. Entre los Estados la realidad es muy distinta y sigue habiendo división en su práctica. En unos, continúa vigente la idea de que los derechos civiles y políticos tienen mayor importancia; en otros la primacía se concede o reconoce a los derechos económicos, sociales y culturales. Esa importancia desigual trae consigo con frecuencia un tratamiento constitucional diferente. Sin embargo, este enfoque diferenciado no casa bien con la integración de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales en un instrumento único ni con la indivisibilidad, interdependencia e interrelación que todos los derechos humanos tienen y mantienen entre sí. La Declaración de 1993 tuvo que reiterar lo que ya se hizo constar veinticinco años antes, de otro modo, en la Proclamación de Teherán, donde se afirmó que, “como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible”, por lo que “la consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social” (Proclamación de Teherán, 1968: párr. 13).

Además, desde el ángulo que nos ofrece el concepto de seguridad humana acuñado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD, 1994), y su vinculación con el derecho de toda persona a vivir liberados del temor y de la miseria (preámbulo de la DUDH), no cabe sino concienciar y reclamar a los Estados y a los gobernantes la realización efectiva de los derechos económicos sociales y culturales proclamados en la DUDH y desarrollados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) tal y como los interpreta el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Porque la inmensa mayoría de personas no sentirá seguridad si no puede ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, con un salario equitativo que le proporcione condiciones de existencia dignas para sí y para sus familias (arts. 6-7 PIDESC) o si carece de seguridad social o del derecho a disfrutar del

más alto nivel posible de salud física y mental que reduzca la mortalidad y proporcione a los niños desarrollo sano, permita prevenir y tratar las enfermedades y mejorar en todos sus aspectos la higiene en el trabajo y el medio ambiente (arts. 9 y 12). La seguridad humana también significa reconocer que toda persona, en el plano individual y familiar, debe tener derecho a un nivel de vida digno, que incluya la alimentación y la protección contra el hambre, el vestido y una vivienda adecuados (art. 11). La seguridad humana demanda igualmente el derecho a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones (art. 15), el derecho a una educación que favorezca el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de la dignidad, y fortalezca también el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales (art. 13). Indudablemente, la seguridad humana es consecuencia de la seguridad para la unidad familiar, protección y asistencia a las mujeres antes y después del parto, así como a todos los niños y adolescentes (art. 10) (Faleh Pérez, 2017: 84)

¿Hasta qué punto las intervenciones “humanitarias” y la propia racionalidad neoliberal utilizan el discurso ambivalente de los derechos humanos para otros fines?

En 1948, la DUDH aprobada por la Asamblea General integró en un solo instrumento jurídico de naturaleza no convencional los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales junto con un enunciado mínimo de deberes y limitaciones (art. 29) que también contiene el reconocimiento de que toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en la Declaración se hagan plenamente efectivos (art. 28). Contribuyó así, poco después de la creación de las Naciones Unidas, a colmar el vacío y la indeterminación de los que adolecía la Carta de San Francisco. La inclusión en estas disposiciones —en parte sustanciales, en parte competenciales (v. artículos 1.3, 13.1.b, 55.c, 62.2, 68 y 76.c de la Carta)— en materia de derechos humanos confirió a estos, como señaló el profesor Carrillo Salcedo, un alcance constitucional en el orden internacional puesto que crearon para los Estados obligaciones internacionales que no solo condicionan el ejercicio de su competencia territorial, sino también las

relaciones entre el poder público y los particulares que se encuentran en su territorio y están bajo su autoridad (Carrillo Salcedo, 1996: 65).

Instrumento, entonces, de puro alcance moral, la práctica generadora de normas consuetudinarias de derecho internacional general ha alterado la naturaleza jurídica de algunas de sus disposiciones, que han dejado así de ser meras disposiciones de una resolución desprovista per se de carácter vinculante para pasar a formar parte de las normas consuetudinarias internacionales de alcance general, alcanzando como antes decíamos algunas de sus disposiciones auténtico valor imperativo (caso de los arts. 3, 4, 5 o 9 de la DUDH). A ello han contribuido de forma decisiva la actuación de la propia Organización de las Naciones Unidas, que ha propiciado la adopción y posterior entrada en vigor de diversos tratados y convenciones internacionales de derechos humanos en los que invariablemente se apunta al instrumento de 1948, desarrollando o precisando notablemente sus contenidos. Es el caso de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951, 145 Estados parte); la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1954, 89 Estados parte); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965, 179 Estados parte); los dos Pactos de 1966 (el PIDESC, con 166 Estados parte; y el PIDCP, con 169 Estados parte) junto con el segundo Protocolo Facultativo del PIDCP, destinado a abolir la pena de muerte (85 Estados parte); la Convención Internacional sobre represión y castigo del crimen de apartheid (1973, 109 Estados parte); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979, 189 Estados parte); la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984, 162 Estados parte); la Convención Internacional contra el apartheid en los deportes (1985, 61 Estados parte); la Convención sobre los derechos del niño (1989, 196 Estados parte); la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990, 51 Estados parte); la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006, 175 Estados parte) o la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006, 58 Estados parte).

En ámbitos regionales, ha habido también esfuerzos significativos. El preámbulo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950, 47 Es-

tados Parte) contiene dos menciones a la DUDH, en la segunda de ellas, al objeto de expresar la resolución de los Estados miembros del Consejo de Europa de “tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal”. También la señala en dos ocasiones el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969, 23 Estados parte, tras las denuncias de Trinidad y Tobago y la República Bolivariana de Venezuela), en una de ellas para “reiterar” que conforme a la DUDH “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. Igualmente lo hace el preámbulo de la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos (1981, 53 Estados parte), para promover la cooperación internacional teniendo debidamente en cuenta la DUDH, así como la Carta Árabe (revisada) de Derechos Humanos (2004, 17 Estados parte). Finalmente, la Declaración de Derechos Humanos de la Asociación de Estados del Sudeste Asiático (2012) adoptada por los diez Estados miembros, no obstante sus limitaciones, contiene tres referencias distintas a las DUDH con las que se pretende reflejar el compromiso de esos Estados con los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales que aquella proclama.

Todo ello da idea del reconocimiento universal que la DUDH ha encontrado, sin perjuicio de las diferencias y limitaciones apreciables entre los instrumentos señalados, y de su contribución al desarrollo normativo de aquel principio de naturaleza constitucional que obliga a los Estados al respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales. De manera que puede admitirse que el principio del respeto a los derechos humanos es hoy, gracias —entre otros— al eslabón que la DUDH representa dentro de la práctica estatal, uno de los principios básicos o estructurales del Derecho internacional contemporáneo, concebidos estos como aquellos que conforman el marco normativo del D.I. contemporáneo, que son seña de su identidad actual y que ocupan una posición central en dicho ordenamiento (Díez de Velasco, 2013: 81).

Sin embargo, consideramos que es apremiante desarrollar el art. 28 de la DUDH, clave en la arquitectura de este instrumento, y que debe conducir al reconocimiento del derecho inalienable que tienen

las personas, los grupos, los pueblos y toda la humanidad a una paz justa, sostenible y duradera. Y a todo lo que ello significa, como lo viene reclamando la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH) desde el año 2005, a través de una campaña que aglutina las reivindicaciones legítimas de la sociedad civil mundial y que permitió aprobar la Declaración de Santiago sobre el Derecho Humano a la Paz (10.12.2010) en lo que es una auténtica y compleja iniciativa legislativa internacional. La concepción holística de la paz como derecho humano que ahí se enuncia debe ser el catalizador que contribuya al orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en la DUDH se hagan plenamente efectivos (Villán Durán (2017a): 21-36; Villán Durán (2017b): 40-44; AEDIDH: www.aedidh.org).

El derecho al desarrollo y la protección de los derechos económicos, sociales y culturales

Carmen Quesada Alcalá¹

A la memoria de Angelines Jiménez Buitragueño,
quien luchó tanto por los derechos económicos,
sociales y culturales

Este artículo está ordenado a partir de las respuestas a las preguntas-guía recogidas en la metodología presentada por los organizadores—Instituto Joaquín Herrera Flores (IJHF), Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH) y Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH)— para componer esta obra crítico-reflexiva sobre el Sistema Internacional de Derechos Humanos.

La interdependencia, indivisibilidad e interrelación de todos los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y el derecho al desarrollo) fueron reconocidas en la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993) como una complementariedad necesaria. En su opinión, ¿se ha consolidado este entendimiento de los derechos humanos en la práctica?

En los últimos dos siglos, hemos asistido a una lucha constante de los Estados en pos de la universalidad de los derechos civiles y políticos, dejando relegados los derechos económicos, sociales y cul-

¹ Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad Nacional de Educación a Distancia y también pertenece al profesorado del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de Cruz Roja Española. De 2013 a 2017 ha sido miembro suplente de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa.

turales a un segundo nivel. El carácter de aplicación progresiva de estos últimos, frente al automatismo en la aplicación de los primeros, reflejado en los dos Pactos Internacionales de las Naciones Unidas, es buena muestra de este destierro evidente de los derechos económicos, sociales y culturales. A los 70 años de la adopción de una Declaración Universal de los Derechos humanos (DUDH) en la que se recogían ambos tipos de derechos en pie de igualdad, se impone una reflexión sobre qué ha cambiado en esta relación entre ambas categorías de derechos. Dicho análisis no puede prescindir del derecho al desarrollo que ha hecho irrupción en los últimos años como un derecho que revela los cambios en la Sociedad Internacional, con la incorporación a los procesos de toma de decisiones de Estados distintos a los tradicionalmente más poderosos.

A la hora de realizar la evaluación de la DUDH, en relación con la cuestión espinosa de la interdependencia de estos tipos de derechos, es necesario partir de su íntima relación con la globalización. Contamos, así, con la definición de globalización manejada por García Segura cuando afirma que es un concepto polisémico que se caracteriza por ser complejo y poseer muchas dimensiones, ya que es el resultado de un conjunto de procesos de diferente naturaleza que se dan en ámbitos distintos y que se interrelacionan mutuamente, produciendo una constante influencia y mutación (García Segura, 2007: 315-350).

En consonancia con dicha definición, comprobamos cómo la creciente interdependencia de los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales y el derecho al desarrollo se explica por varios factores relacionados con la globalización. En efecto, este fenómeno ha propiciado cambios muy importantes en la Sociedad Internacional, lo que, a su vez, ha ocasionado una mutación en las necesidades del ordenamiento jurídico internacional contemporáneo y en el propio sistema internacional de protección de los derechos humanos. De hecho, estamos asistiendo a la expansión del Derecho Internacional, a través de fuentes formales e informales, y al acceso de actores no estatales a los procedimientos jurídicos internacionales (Sreenivasa & Rao, 2004: 944).

Por un lado, nuestro ordenamiento jurídico internacional es cada día más complejo e implica, cada vez más, a Estados muy diferentes, sobre todo a raíz del fenómeno de la descolonización. De este modo,

se ha producido la incorporación al proceso de creación de normas internacionales de aquellos Estados en vía de desarrollo, lo que tiene importantes repercusiones para la reivindicación de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales y el derecho al desarrollo.

Por otro lado, el ordenamiento actual se ha alejado de la exclusividad de la acción del Estado y en este momento responde a la acción de actores distintos a los Estados y con características que los diferencian sustancialmente de éstos. De hecho, actualmente contamos en el panorama internacional con Organizaciones Internacionales, Organizaciones No Gubernamentales, e incluso empresas transnacionales. En relación con éstas últimas, conviene destacar que existe toda una corriente destinada a disminuir los efectos perniciosos de la globalización y a hacer de las empresas transnacionales una serie de actores responsables en materia de derechos humanos (Gómez Isa, 2015: 33-53). El simple hecho de pensar en estos nuevos actores nos aleja tremendamente de la visión que se tuvo al redactar la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Sin embargo, esta novedad en absoluto perjudica la vigencia de dicha Declaración, sino que, al contrario, reafirma la aplicación de sus normas en todo tipo de situaciones, incluso cuando los intereses económicos se hallen en franca contradicción con los derechos de las personas.

En todo caso, podemos concluir que, en primer lugar, las funciones de estos nuevos actores han pasado a ser extremadamente importantes en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y más concretamente en el de los derechos económicos, sociales y culturales y el derecho al desarrollo. En segundo lugar, nos atrevemos a afirmar que todos estos cambios han propiciado que, en el ámbito internacional, haya ganado peso la interdependencia de los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos.

En cuanto a la interdependencia, indivisibilidad e interrelación de ambos tipos de derechos, una gran aportación fue la realizada, a comienzos del siglo XXI, por la Opinión Consultiva del Tribunal Internacional de Justicia de julio de 2004 sobre las consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en el Territorio palestino ocupado (Asamblea General, 2004). En la mencionada Opinión Consultiva, el TIJ no sólo afirma la aplicación del Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales en Israel, sino que, además, menciona la interdependencia, ya afirmada en la Conferencia de Viena, entre ambas categorías de derechos (*Report of the World Conference on Human Rights*, UN Doc. A/CONF.157/24 (Part I), p. 3, 34, 39, 41, 42, 49, 51-53, 59 y 81). A este respecto, conviene recordar que la Declaración realizada en la Conferencia de Viena no solo habla de interdependencia entre los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos, sino que también subraya, en su párrafo 8 que se da una interdependencia mutua entre la democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. De este modo, el binomio derechos humanos (cualquiera que sea su categoría) y desarrollo se nos oferta de modo que constituye un refuerzo mutuo para ambos componentes del mismo.

La consagración del vínculo entre las diferentes categorías de derechos humanos es reafirmada posteriormente, en los discursos pronunciados por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Louise Arbour, ante la adopción de un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En dichos discursos, ésta destacaba la importancia de este evento, así como la interrelación entre ambas categorías de derechos, y la tendencia a una visión unificada y comprehensiva de los derechos humanos en general (*Statement by Ms. Louise Arbour*, 2008).

Ante la consolidación de dicha interdependencia e interrelación, el Derecho Internacional debe adecuarse a la nueva situación y otorgar una protección adecuada a la categoría de derechos que ha sido hasta el momento relegada a un segundo plano. En la actualidad, esta necesidad de salvaguardia de los derechos económicos, sociales y culturales y del derecho al desarrollo se revela aún más necesaria a la luz de las consecuencias de la globalización neoliberal.

En efecto, en este nuevo contexto, hemos de tener en cuenta que una de las principales consecuencias de la globalización neoliberal ha sido la potenciación de las desigualdades entre Estados. Dicho incremento de la desigualdad ha ido acompañado de una reducción del papel que ha jugado tradicionalmente el Estado en relación con sistemas económicos y sociales, y en los que ha pasado a tener una cierta preponderancia el sector privado (Feyer; Gómez Isa, 2005). La consecuencia inmediata de este papel reducido del Estado ha sido

la debilitación de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, cuya realización, de carácter progresivo, ha dependido siempre de los actores estatales. Pero, además, no sólo los Estados han disminuido su capacidad de proteger esta categoría de derechos, sino que constatamos cómo el sistema de protección internacional de los mismos también ha estado tradicionalmente alejado del objetivo de garantizarlos de modo adecuado.

Si acudimos al ámbito universal y regional de protección de los derechos humanos, comprobamos la existencia de una protección desigual en relación con los derechos económicos, sociales y culturales (López Martín, 2011: 13-59). Sin embargo, en el último decenio, se ha ido consolidando la idea de que los derechos económicos, sociales y culturales precisan de una protección igual a la que se otorga a los derechos civiles y políticos. Se ha abierto camino la llamada “justiciabilidad de los derechos indivisibles” (Koch, 2003), una suerte de “exigibilidad jurídica” de todos los derechos humanos por igual (Saura Estapà, 2013).

Como resultado de este proceso de consolidación de la idea de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, el 10 de diciembre de 2008, celebrando precisamente el 60º aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se adoptó el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Dicho Protocolo permite por fin la presentación de quejas individuales ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a similitud de lo que ocurre con los derechos civiles y políticos y el Comité de Derechos Humanos. Este instrumento precisaba de diez ratificaciones para su entrada en vigor, y costó cinco años conseguirlas. No fue hasta el 5 de mayo de 2013 que consiguió entrar en vigor, tras la ratificación de Uruguay.

Sin embargo, el sistema instaurado no constituye la panacea para los derechos económicos, sociales y culturales. De hecho, como señala Riquelme Cortado (2014), la percepción de no justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales dejó su huella en las condiciones y obstáculos que se ponen a los mecanismos de control establecidos en el Protocolo (p. 14). Así, la presentación de comunicaciones entre Estados se hace depender de la expresa aceptación de los Estados Partes, al igual que la investigación de violaciones graves

o sistemáticas. Por otro lado, ninguno de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad (con excepción de Francia) se ha dignado siquiera a firmar dicho Protocolo.

A simple vista, diríase que estamos de acuerdo en que no deben categorizarse los derechos humanos y todos deben ser considerados por igual, pero, en la práctica, no se hacen efectivos por igual (Riquelme Cortado, 2014: 15). En cualquier caso, el objetivo del Protocolo relativo al refuerzo de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales tardará en ser eficaz. Dicha eficacia no depende solo del mecanismo internacional, sino también del aliento a las autoridades nacionales para que sus recursos internos en la protección de dichos derechos sean adecuados.

Pero no podemos desmerecer el gran esfuerzo realizado. El Protocolo ha sido el resultado de un proceso muy largo, que revela las principales dificultades con que se han enfrentado los derechos económicos, sociales y culturales a la hora de encontrar su lugar en el Derecho Internacional. De hecho, el camino hacia el Protocolo es el resultado del enfrentamiento entre Estados con distintas tendencias. Por un lado, se encontraban los Estados que apostaban por mantener el status quo de esta categoría de derechos. Por otro, los Estados que abrazaban la visión proporcionada por la Declaración Universal de Derechos Humanos de considerar en pie de igualdad los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. Afortunadamente, triunfó la última postura. Se instaura, así, aunque con cortapisas, una protección “global” de “todos” los derechos humanos, derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales.

En definitiva, podemos afirmar que en los últimos años se está consolidando la complementariedad necesaria entre dichas categorías de derechos, lo que no haría sino propiciar un fortalecimiento del derecho al desarrollo. El vínculo entre los derechos humanos en general (englobando ambas categorías, civiles y políticos, y económicos, sociales y culturales) y el propio derecho al desarrollo ya venía especificado en la Declaración sobre el derecho al desarrollo, adoptada por la Asamblea General en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986. En la misma se afirmaba que el derecho al desarrollo constituía un derecho humano inalienable, conforme al cual los seres humanos

habrían de participar en el desarrollo económico, social, cultural y político, de modo que se pudieran realizar en plenitud todos los derechos humanos.

Con todo, conviene matizar que no nos referimos a cualquier tipo de desarrollo, sino al desarrollo humano y sostenible. No obstante, para hablar de un modelo de desarrollo humano sostenible, es preciso atacar los riesgos de desigualdad que el actual modelo de globalización neoliberal impone. En este sentido, coincidimos con Gómez Isa (1999), cuando afirma que la aplicación del derecho al desarrollo es una auténtica responsabilidad compartida entre los países en desarrollo, los países industrializados y la Comunidad Internacional (p. 8-10). De momento, dicha responsabilidad compartida dista mucho de ser efectiva.

En consecuencia, y en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, vemos que sí se han dado avances, que se concretan fundamentalmente en la instauración de un sistema de protección de los mismos. Esto significa dar un paso en relación con su equiparación con los derechos civiles y políticos. No obstante, nos encontramos aún en un estadio muy incipiente en referencia al mero reconocimiento del derecho al desarrollo como un derecho humano.

Así pues, en la Comunidad Internacional actual, es necesaria la reivindicación del derecho al desarrollo, junto con el derecho al medio ambiente y a los llamados “derechos de tercera generación” o “derechos de solidaridad”. Esta última denominación no es casual, sino que destaca la necesidad de solidaridad y cooperación entre los seres humanos con el fin de lograr el respeto, la promoción y la protección de una serie de valores comunes a todos. Dichos valores latían por el corazón de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y dichos latidos deben continuar impulsando la actuación de la Comunidad Internacional.

Após 70 Anos, Direitos Humanos Para Que?

Charloth Back¹

Ricardo Nunes de Mendonça²

A concepção contemporânea dos direitos humanos, introduzida com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH) e reforçada pelos Pactos Internacionais de 1966 e pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, foi o resultado de um movimento historicamente recente de internacionalização destes direitos, surgido a partir da Segunda Guerra Mundial. Nos regimes instalados nas décadas de 1920 a 1940 em diversas partes do mundo, havia uma lógica de destruição e de descartabilidade da pessoa humana, na qual o Estado foi considerado o grande violador dos direitos dos indivíduos. Sob o manto da legalidade, diversos governos implementaram a barbárie, o massacre e a discriminação em nome da lei positiva e, inclusive, protegidos por esta. É neste momento que emerge a chamada doutrina universalista do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que dá corpo ao sistema normativo de proteção dos indivíduos hoje em vigor.

Ao consagrar o reconhecimento universal dos direitos humanos, tal doutrina estabelece que este conjunto de normas protetivas passaria a ser o parâmetro internacional a partir do qual seria avaliada a atuação dos Estados integrantes do sistema internacional. Nesse

¹ Doutoranda em Ciências Jurídicas e Políticas na Universidade Pablo de Olavide; Mestrado em Relações Internacionais pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Máster em Direitos Humanos, Interculturalidade e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide. Investigadora da Red de Investigación “Perspectiva Epistemológica Ibero-Americana sobre la Justicia”; Advogada; Membro do Instituto Joaquín Herrera Flores;

² Advogado sindical, membro do Instituto DECLATRA-Defesa da Classe Trabalhadora, graduado em Direito pela UFPR, mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC/PR, mestre em Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo pela UPO-Sevilha, Espanha. Doutorando em Ciencias Jurídicas y Políticas pela UPO-Sevilha, Espanha. Professor licenciado de Direito do Trabalho da UNIBRASIL.

sentido, por meio de tais critérios fundamentais e universais, a comunidade internacional seria capaz de “deslegitimar” a atuação de alguns Estados em nome da proteção dos direitos humanos, ou seja, um Estado violador poderia ser constrangido forçosamente a seguir aquelas normas; em torno desta possibilidade, foram criadas instituições, como as Nações Unidas, legalmente autorizadas a intervir nas esferas soberanas daqueles Estados violadores. Em teoria, este sistema seria capaz de manter a paz entre os Estados, a liberdade dos indivíduos e a justiça em escala mundial. Por conseguinte, a promoção e proteção dos direitos humanos foram atribuídas aos Estados soberanos, que deveriam assegurar as condições mínimas necessárias para que as pessoas vivessem com dignidade, e subsidiariamente aos organismos internacionais interestatais, que atuariam caso houvesse falha ou omissão do ente estatal. Este regime de direitos humanos foi, de fato, uma inegável modificação em um contexto internacional de auto regulação baseado exclusivamente nos atores estatais.

Ocorre que, nas décadas posteriores ao lançamento da DUDH, o que vimos foi exatamente o inverso daquilo professado: as guerras se multiplicaram em todo o mundo, os massacres e genocídios eram cada vez mais comuns, e houve o alargamento do abismo entre os países do Norte e os países do Sul. Não somente as desigualdades com relação à qualidade de vida e ao desenvolvimento socioeconômico dos Estados, mas também no interior das próprias sociedades nacionais —aumentaram exponencialmente as disparidades de renda, de educação e de condições básicas de sobrevivência entre as parcelas mais ricas e as mais empobrecidas. Basta observar, por exemplo, que, segundo a Oxfam, o patrimônio de oito homens —não há nenhuma mulher nessa lista— em 2017, é igual ao patrimônio da metade mais pobre do mundo (OXFAM, 2017). Nesse sentido, as contradições e as ambiguidades do discurso dos direitos humanos, pouco a pouco, tornaram-se mais evidentes.

A possibilidade de responsabilização ou de constrangimento político dos Estados que cometessem violações de direitos humanos não passava de uma mera retórica, já que dependia da ação do Conselho de Segurança das Nações Unidas, órgão eminentemente político e que reflete as desigualdades de poder entre os países do Norte e do Sul. Isso deixava visível a hipocrisia das grandes potências, que, ao mesmo tempo em que defendiam o avanço da normatização daqueles

direitos, os desrespeitavam dentro e fora de seus territórios —principalmente em locais “não civilizados”, e permaneciam inertes quanto à real institucionalização de um sistema de responsabilização estatal.

Nesse sentido, nos anos de 1990, as promessas conceituais dos discursos, os instrumentos normativos e as instituições de defesa de direitos humanos mostravam-se claramente falhos em garantir a real consecução dos direitos pela maior parte das pessoas. O Direito Internacional, em geral, os Direitos Humanos, em particular, e a proteção advinda destes são notoriamente seletivos, excludentes, hierarquizados e oponíveis apenas a alguns indivíduos, os considerados “humanos” (Butler, 2004). Nesse contexto, as populações colonizadas do Sul, da América Latina, da África e da Ásia, ainda que componham a maioria da população mundial, continuam a ser tratadas como “sub-humanas”, e mantêm-se esquecidas, exploradas, subalternizadas e vitimizadas.

A revolução tecnológica e o neoliberalismo das últimas décadas acirraram ainda mais essas desigualdades na medida em que reforçaram as premissas excludentes sobre as quais os direitos humanos estavam assentados. O padrão de Estado neoliberal passa a ser o único modelo possível e aceitável, pois está baseado na retirada das decisões sobre bens e serviços básicos das esferas públicas de deliberação —passando a definição dos rumos das sociedades para mãos privadas, de empresas transnacionais. Neste modelo de “privatização das políticas públicas”, não há qualquer tipo de controle democrático sobre a tomada de decisão, quer dizer, os cidadãos são excluídos das discussões políticas e não têm qualquer influência sobre as políticas adotadas.

Dentro desta mesma lógica de esvaziamento do “público”, há a exacerbação do individual sobre o coletivo —os indivíduos, cada vez mais apartados uns dos outros em razão da tecnologia e do isolamento em nome da “segurança”, não têm consciência da coletividade. O papel do Estado, neste modelo, é de apenas regular as relações entre indivíduos e entre o ente estatal e os particulares, ou seja, os Estados deveriam gradualmente se abster de interferir nos direitos e liberdades individuais.

De acordo com Laval e Dardot (2013), o neoliberalismo, diferentemente do que é defendido em muitos momentos, não tem interesse

no desaparecimento do Estado, mas na reformulação deste-mais exatamente na relativização do seu papel de entidade que integra todas as dimensões da existência coletiva: a organização do poder político, o desenvolvimento da cultura nacional, as relações entre classes sociais, a organização da vida econômica, o nível de emprego e assim por diante. Neste sentido, os Estados tendem a delegar muitas dessas funções a empresas particulares.

As empresas, como entidades privadas em busca da maximização de seus lucros, obedecem à lógica da utilidade, da produtividade, e seguem impondo esta lógica quando atuam em esferas que antes eram públicas —como nos serviços de saúde, educação, transporte, segurança etc. O objetivo é reduzir ao máximo os seus custos, por isso necessitam do apoio do Estado para enfraquecer o poder de barganha dos sindicatos, minimizar os direitos sociais, reduzir os custos trabalhistas, diminuir o tamanho da seguridade social-políticas justificadas pela busca da “competitividade global”. Dessa forma, o Estado é responsável pela logística e pelo apoio infraestrutural para atrair os grandes oligopólios para seu território nacional. Para Laval e Dardot (2013), tal intervenção governamental assume a forma de uma “política de produção”, e o Estado passa a ser “parceiro dos interesses oligopolísticos”, pois persegue políticas favoráveis às empresas, ainda que sejam desvantajosas para a população.

Na esfera internacional, as instituições criadas em paralelo aos instrumentos normativos de proteção do Direito Internacional dos Direitos Humanos também seguem a mesma lógica empresarial, intensificada depois da queda do muro de Berlim e da profecia de que “não há alternativa” ao modelo capitalista neoliberal. As corporações transnacionais, por intermédio dos próprios Estados, se aproximam do sistema das Nações Unidas para legitimarem a expansão daquele modelo econômico com a imagem imaculada da ONU e com seu discurso de proteção da pessoa humana. Essa estratégia se dá por influência política exercida pelos Estados-sede de tais empresas, a vasta maioria do Norte global, e pela própria interferência direta dessas empresas mediante o financiamento de programas, fundos e projetos onusianos.

Neste contexto de privatização dos interesses públicos, a proteção universal dos direitos humanos passa a ser uma retórica constante-

mente utilizada para mascarar a imposição do Estado neoliberal. O discurso é utilizado como um “cavalo de Troia” —por fora é atraente e quase inquestionável; no entanto, inúmeras vezes, mascara a imposição de modelos de “desenvolvimento” e modelos de “democracia”, baseados exclusivamente na acumulação de capital, na racionalidade neoliberal, na exploração infinita dos recursos naturais, no individualismo e numa concepção esvaziada de democracia.

Modelos outros, que não se encaixam nestas premissas, são denunciados como violadores de direitos humanos, e, por isso, merecedores de uma ação imediata, contundente e destrutiva. As guerras geopolíticas e geoestratégicas hoje transformaram-se em intervenções humanitárias legítimas para proteger os direitos humanos (Hinkelammert, 1999), os quais, por serem, desde a sua origem, ambíguos, conteriam “uma agressividade humanitária”, quer dizer, tolerariam a violação dos direitos humanos daqueles que os violam —uma vez que estes não teriam direitos, nem mesmo seriam considerados humanos.

Por meio destas intervenções humanitárias ou “táticas de choque” após crises —mais ou menos estimuladas— (Klein, 2007), é possível “vender” à sociedade internacional a necessidade de ataques, a princípio provisórios, às proteções sociais e a urgência da entrada de empresas privadas internacionais em esferas antes reservadas ao serviço público nacional. Tudo isso em nome da promoção dos direitos humanos e da “eficiência no combate a uma grave crise”, capitaneadas por instituições internacionais e universais legítimas, que, ao final, servem perfeitamente para a expansão do modelo econômico neoliberal.

Portanto, as crises econômicas, políticas e sociais, que sempre acompanham o surgimento de políticas econômicas neoliberais, e que pauperizam ainda mais os já empobrecidos, não são resultado de incompetência ou má gestão estatais. São parte integrante do projeto de expansão do “livre mercado”, que só pode avançar em contextos de desastres. Nesse sentido, outras gramáticas de dignidade humana e outros modelos de desenvolvimento são ignorados, invisibilizados ou mesmo destruídos, e inúmeras atrocidades são cometidas, em nome da imposição de uma doutrina universal dos direitos humanos, a qual, ao final, pretende instalar uma racionalidade de competitividade em todos os aspectos da vida humana.

Esta inversão ideológica dos direitos humanos e suas ambiguidades não surgiram com o advento da DUDH —já estavam presentes no discurso colonial, no qual a culpa pela conquista era dos próprios “bárbaros conquistados”. A teoria e a prática do Direito Internacional “moderno” mascara um lado invisível desde o seu início —a colonialidade—, pois aquelas nasceram marcadas pelo estabelecimento da diferença entre o europeu e o não europeu, entre o soberano e o não soberano (Koskeniemi, 2001). Este discurso jurídico segmentou o mundo em povos civilizados e não civilizados desde a expansão colonial do século XV, passando pelo imperialismo do século XIX.

A inversão ideológica do Direito, a serviço da dominação e da expansão político econômica, portanto, existia, ainda que com outro nome, antes mesmo do surgimento do conceito internacionalizado de direitos humanos e, ainda hoje, é parte integrante da própria estrutura teórica e prática do Direito Internacional, em geral, e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em particular (Anghie, 2007). No entanto, o que ocorre agora é a exacerbação da instrumentalização ideológica dos direitos humanos em um contexto estatal distinto, em que a lógica empresarial domina todos os aspectos do Estado.

Os setenta anos da DUDH e o atual cenário de mudanças paradigmáticas, que aprofunda as desigualdades e retira direitos já considerados conquistados, corroboram as contradições do Direito Internacional dos Direitos Humanos e reforçam a ideia de Herrera Flores (2008) de que os direitos humanos, por mais que estejam positivados e garantidos em instrumentos normativos internacionais, são resultados apenas provisórios de processos de lutas constantes em um ambiente de disputa de poder, tanto nas esferas domésticas como na esfera internacional. Nesse sentido, a DUDH precisa, mais do que nunca, ser interpretada de forma distinta, tanto para dar conta das mudanças político econômicas que surgiram nas últimas décadas, como para tornar-se um verdadeiro instrumento de resistência ao agravamento das desigualdades.

La colonialidad del poder y las diversas exclusiones de los Derechos Humanos

David Sánchez Rubio¹

Este artículo está ordenado a partir de las respuestas a las preguntas-guía recogidas en la metodología presentada por los organizadores —Instituto Joaquín Herrera Flores (IJHF), Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH) y Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH)— para componer esta obra crítico-reflexiva sobre el Sistema Internacional de Derechos Humanos.

La DUDH es considerada como un marco de consenso universal alcanzado en 1948, que se ha desarrollado a lo largo del tiempo. ¿Cómo comprender el multiculturalismo y los enfrentamientos entre culturas a partir de los valores consagrados en el universalismo de los derechos humanos?

En principio, podemos afirmar que el discurso universalista de los derechos humanos en el actual contexto de la globalización, ha conseguido un estatus político y moral sin paralelo en todo el mundo². La expansión de los derechos humanos como lenguaje hegemónico sobre la dignidad humana parece incuestionable. En ese sentido tiene un gran valor que hay que destacar. Otra cosa es que realmente se pueda afirmar que desde el punto referente de la especie humana y en un plano fáctico, desde los hechos, exista una real y extendida sensibilidad planetaria sobre la importancia no solo de su dimensión teórica y nor-

¹ Profesor Titular y director del Departamento de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla.

² Ver en este sentido Balakrishnan Rajagopal (2005), *El derecho internacional desde abajo*, ILSA, Bogotá, p. 200.

mativa, sino principalmente de su efectiva práctica y plena realidad en su reconocimiento y sus garantías.

No hay que ignorar que tres cuartas partes de la humanidad no tienen reconocidos ni garantizados sus derechos. La gran mayoría de la población mundial no es sujeto de derechos (Santos, 2013: 15, 16). Por ello, pese a la fuerza simbólica de la Declaración, el problema fundamental a nivel planetario sigue siendo la separación existente entre la teoría y la práctica, entre lo que se dice y lo que se hace en materia de derechos humanos, incluso al interior de los Estados constitucionales de derecho occidentales, agudizándose en los países del sur y/o periférico. Un ejemplo claro lo comprobamos con el trato diferenciado que se otorga, desde el punto de vista del reconocimiento real y efectivo de los derechos, entre quienes son ciudadanos de países del capitalismo central y quienes no lo son, por tener un origen geográfico distinto y cuando llegan a sus destinos como trabajadores indocumentados, inmigrantes precarios o como refugiados desde los países del sur.

El reconocimiento de los derechos se pone entre paréntesis, se modula y condiciona, siendo el tratamiento distinto, desigual y asimétrico. Lo universal se diluye y se difumina en función de la nacionalidad y la procedencia geográfica, limitando la entrada o precarizando el reconocimiento de derechos internamente a quienes vienen de fuera. Tal como señala Ignacio Ellacuría, la visión abstracta y mistificadora de derechos humanos se convierte en falsa, desajustada e injusta porque los reduce a su mínima expresión e ignora las condiciones reales sin las cuales no se pueden realizar, afectando a la mayoría de la humanidad (2012: 284). No es lo mismo ser parte de la humanidad en abstracto que ser ciudadano de un Estado nacional capitalista y central o de un Estado capitalista periférico y dependiente o de una nacionalidad, comunidad o pueblo etno-cultural o indígena. Al final es la adscripción a una nacionalidad o a una comunidad nacional-estatal la que establece el grado de garantía de los derechos a sus miembros. La humanidad se va diluyendo a medida que nos vamos separando de esa pertenencia identitaria y política (Idem: 21, 22).

Una de las razones es que nuestra cultura jurídica se mueve bajo una dinámica de inclusiones abstractas basadas en un suelo y una

sociabilidad diaria, estructural y cotidiana de exclusiones concretas. Existe sobre ello una colonialidad del poder que tiene una base excluyente tanto intraculturalmente como extraculturalmente. A nivel externo y en relación a cómo Occidente trata al otro, al extranjero o al extraño, el grado de asimetría y desigualdad que establece internamente, de puertas a dentro por razones de clase, etarias y de género, las acentúa, incorporando nuevas jerarquías de puertas a fuera, más allá de sus fronteras. La discriminación, la marginación y la inferiorización por medio de la división social, cultural, racial, etaria, territorial, de clase y étnica del hacer, del poder, del ser y del saber humanos —establecida por el modo de producción capitalista moderno-patriarcal y sus modelos de desarrollo basados en el mercado y la propiedad privada de avariciosos—, se incrementa estructuralmente entre quienes son considerados occidentales o afines y quienes lo son condicionalmente o deficientemente. Es decir, la universalidad de los derechos humanos se construye sobre discursos que defienden inclusiones en abstracto de todas las personas, pero sobre la base trágica y recelosa de exclusiones concretas, individuales y colectivas, marcadas por la nacionalidad, el racismo, el androcentrismo, el clasismo, la riqueza suntuaria como fin en sí mismo o el concepto de ciudadanía que se multiplican y acentúan contra quienes no poseen una nacionalidad de un estado considerado constitucional y de derecho.

El mismo Helio Gallardo, refiriéndose al contexto internacional actual, afirma que la humanidad no aparece como un proyecto a realizar, en tanto que expresa la voluntad particular y generalizada de reproducir prácticas de imperio y discriminación, mediante formas que pueden incluir la adscripción a declaratorias sobre derechos humanos, e incluso a una estricta judicialización. El resultado es que se respaldan los derechos humanos con normas jurídicas que garantizan su vigencia jurídico-formal pero no su eficacia social.

La interdependencia, indivisibilidad e interrelación de todos los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y el derecho al desarrollo) fueron reconocidas en la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993) como una complementariedad necesaria. En su opinión, ¿se ha consolidado este entendimiento de los derechos humanos en la práctica?

Difícilmente se hace alcanzable cuando el imaginario ideológico sobre el que se sustenta el concepto de derechos humanos y su visión de las generaciones (derechos individuales y civiles; derechos políticos; derechos económicos sociales y culturales; etc.) designa una sensibilidad socialmente producida que bloquea las posibilidades de conocimiento de los procesos a los que nombra, tal como señala Helio Gallardo. El sistema sobre el que se basa la organización moderna y capitalista no permite que las luchas que lo cuestionan puedan comunicar e irradiar desde sus particularidades, un horizonte de universalidad conflictivo, más diverso, más abierto y plural. Con la emergencia y la consolidación del orden moderno capitalista, han ido surgiendo demandas socio-históricas (de obreros, indígenas, de mujeres, de gays y lesbianas, medioambientales, de negros, etc.) que o bien han intentado destruir o bien transformar el sistema, pero fracasando en la empresa de manera estructural. Estas distintas conflictividades forman parte de un cuerpo consolidado de dominación o imperio (la capitalista) que sistemáticamente ha ido bloqueando la materialización del carácter universal y plural de la existencia humana y que se expresa en las distintas versiones de lucha por derechos humanos. Por ello, “la estructura de las formaciones sociales modernas requiere ‘inventar’ derechos humanos y proclamarlos universalmente, pero sus grupos de poder (expresados en estados y mercados) asumen que se trata de una propuesta no factible de realizar” (Gallardo, 2009). Cualquier colectivo humano que lucha desde sus particularidades y reivindica derechos surgidos desde sus racionalidades y necesidades, es debilitado, ridiculizado, inferiorizado, atenuado, eliminado o ignorado.

Occidente tiene un modo de clasificar, ordenar y organizar la realidad bajo un falso universalismo y participa y ahonda la fractura abismal entre lo que se dice y lo que se hace. Sus discursos y sus prácticas se mueven por medio de abstracciones que reconocen la dignidad

humana de todos los seres humanos sin atributos, pero sobre la base trágica y recelosa de exclusiones cotidianas marcadas por particularidades como la nacionalidad, el racismo, el sentido de pertenencia, la condición de clase, la defensa del derecho de propiedad avariciosa y absoluta, el machismo o el concepto de ciudadanía. Por eso modula lo humano y su reconocimiento por medio de garantías condicionadas en función del modelo que le parece más digno o merecedor de ser reconocido con dignidad real y efectiva.

De todo esto consideramos que la universalidad de los derechos humanos se construye sobre discursos que defienden inclusiones nominales y cimentadas en un “como si” universal de todas las personas, pero sobre la base trágica y recelosa de exclusiones concretas y diarias, individuales y colectivas (contra mujeres, indígenas, mendigos, pescador, campesino, minero, albañil, trabajadora doméstica, personas de raza no blanca o no blanqueada, gays, lesbianas, personas trans, etc.), que se multiplican contra quienes, por ser inmigrantes sin papeles, no son nacionales ciudadanos de sus estados considerados constitucionales y de derecho. Genera una ilusión y un efecto emancipador potencialmente universal que no puede, ni quiere cumplir por las tramas sociales que construye y despliega en todos los órdenes desde dinámicas excluyentes, sectarias y que benefician a grupos minoritarios.

La peculiaridad ahora es que las sociedades occidentales capitalistas coloniales manifiestan esos diversos tipos de dominación que caminan agarradas de la mano con un modo de producción, el capitalismo, que termina por acentuar la verticalidad, la dependencia y la jerarquía de las relaciones sociales. Provoca desigualdades estructurales y asimetrías que son difíciles de confrontar y subvertir únicamente con normas jurídicas e instituciones estatales, y que se normalizan e invisibilizan a tales niveles que llega a generarse *una cultura de excepcionalidad de la injusticia* que naturaliza la injusticia cotidiana, por medio de la cual solo determinadas situaciones anormales y extremas de injusticia son las únicas que denigran y violentan al ser humano, como, por ejemplo, son los casos de la esclavitud y/o el trabajo esclavo en sus distintas expresiones, la trata de personas, el narcotráfico, los actos terroristas yihadistas, algunos genocidios, no todos (como el holocausto de los judíos), determinadas hambrunas, etc. Los derechos humanos acaban circunscribiéndose a esas dimensiones o a casos o hechos individuales puntuales. Las violencias cotidianas que son la fuente de las violencias excepcionales, acaban

por tolerarse, principalmente las ejercidas por quienes se encuentra en una posición de superioridad racial, sexual, genérica, de clase y etaria en el entramado social. Uno de los dispositivos de naturalización del maltrato humano cotidiano es, por ejemplo, el patriarcado o el intercambio desigual del capital y su control sobre el trabajo. El patriarcado resulta ser uno de los socios más eficaces, no el único, para que el capital soberano aliene y administre la vida y la muerte de millones de mujeres y hombres bajo lógicas excluyentes de imperio que no son ni excepcionales, ni anormales, sino asumibles, lógicas y naturales, incluso ajenas y lejanas a su real dinámica de funcionamiento.

¿Hasta qué punto las intervenciones “humanitarias” y la propia racionalidad neoliberal utilizan el discurso ambivalente de los derechos humanos para otros fines?

Occidente tiene la manía de garantizar derechos humanos vulnerando derechos humanos. Las intervenciones humanitarias son expresión de la inversión ideológica de los derechos humanos señalada por Franz Hinkelammert. Se protegen derecho vulnerándolos.

Aparte de la ausencia de una jurisdicción y una autoridad planetaria capaz de hacer legalmente efectiva la protección y la garantía de los derechos humanos fundamentales y pese a las posibilidades que ofrece la organización de Naciones Unidas y, en concreto, el sistema de seguridad colectivo establecido a partir de la Carta, los avances planetarios en el reconocimiento de derechos son exigüos y las dudas de la legitimidad de actuaciones unilaterales o multilaterales militares están más que justificadas, más aún cuando el Consejo de Seguridad no tiene autoridad, aunque si la tuviera, tampoco sería legítimo por mucha justificación jurídica que se le quiera dar. También existe una discusión muy fuerte sobre la legitimidad o ilegitimidad ética y moral del uso de la fuerza armada como instrumento de protección de derechos humanos y sus “buenas intenciones”. En este sentido, C. Beitz y Ernesto Garzón Valdés, comentan que el auténtico problema ético de las acciones bélicas consideradas humanitarias no es el conflicto del derecho internacional entre los principios de no intervención y el de protección de los derechos humanos, sino que sean operaciones armadas que, como tales, pueden causar muertes y víctimas tanto en la población del país

sobre el que se realiza la injerencia, como en los soldados de los propios actores de la intervención. Resulta un contrasentido que para proteger los derechos humanos de un grupo se tengan que lesionar los del otro (Garzón Valdés, 1999: 47). Nunca se puede argumentar desde la legitimidad moral el uso de la fuerza, pues no hay protección de derechos humanos a través de instrumentos que matan pese a que se tenga la intención de salvar vidas. No se articulan tramas sociales con lógicas de emancipación y de autoconstitución de sujetos por medio de la acción bélica. Se pueden dar otras razones, pero no como medios que pretendan incorporar como un elemento de garantía de los derechos humanos a las fuerzas armadas que actúan por medio de la violencia, por mucho que se intente adjetivar con términos tales como “pacificación” y/o “humanitaria”. Además, en el ámbito de las relaciones internacionales, los referentes de los derechos humanos y los seres humanos son secundarios en la toma de decisiones y en las medidas adoptadas.

Desde el punto de vista de la “intervención humanitaria”, tal como indica Tzvetan Todorov, ninguna acción que conlleve el uso de la fuerza armada y participa de una situación de guerra es un gesto humanitario, sean cuales sean las acrobacias verbales que utilicemos (Todorov, 2002: 316). Por esta razón, dentro del ámbito de las relaciones internacionales, la acción bélica no es justificable en términos de legitimidad. Otra cosa es asumir el hecho de que en determinados casos se deba intervenir, pero nunca con el propósito de convertir el uso de la fuerza en un elemento de protección y garantía de los derechos humanos, porque la acción armada intrínsecamente es una violación de los derechos humanos.

Intervenir con medios de muerte para salvar vidas, implica todo un proceso de reflexión sobre lo adecuado o inadecuado de adoptar específicas medidas y exige prudencia a la hora de hablar de un supuesto “derecho de intervención”. Asimismo, se hace urgente abordar problemas relacionados con la necesidad de adoptar medidas preventivas, y con la articulación de acciones solidarias más integrales desde una cultura de pacifismo activo, cuyos juicios de existencia se cimentan sobre el “matar es asesinato” y/o el “asesinato es suicidio”. La vida se genera desde la vida y no desde la muerte³.

³ Partimos de la consideración que tanto el criterio de las condiciones de posibilidad de la vida como el principio de producción, reproducción y desarrollo de la

Asimismo, históricamente, incluso se interpreta la intervención humanitaria como una nueva versión de antiguos comportamientos colonizadores que Occidente implementó desde el siglo XVI. Tal como indica el internacionalista Francisco Javier Peña, nos encontraríamos con una continuación de “los hilos civilizatorios de larga duración de la modernidad occidental”, del proceso de occidentalización del mundo sustentado en la idea de la superioridad de Occidente, que tendría la obligación moral de expandir sus valores y su sistema político-económico por el resto del mundo (derechos humanos, democracia, paz, mercado libre capitalista). La conquista de América y la expansión europea a finales del siglo XIX estaría complementada en la actualidad por la denominada “diplomacia humanitaria coercitiva”, que, según este autor, vendría a restablecer tanto las “políticas de cañoneras como los protectorados internacionales”, dos prácticas coercitivas utilizadas por las potencias occidentales en los siglos XVIII y XIX (Peña, 2003: 45-49). El origen de la intervención humanitaria se suele relacionar con los tiempos de las Cruzadas, con los textos de Tomás de Aquino e Inocencio IV, pero, principalmente, la justificación del uso de la fuerza se sitúa en los pensadores europeos del siglo XVI y XVII. En concreto, fue el filósofo holandés Hugo Grocio el primero en legitimarla como instrumento para castigar la injuria y proteger a los inocentes. Otros autores como Pufendorf, Wolf, Vattel y Kant también reflexionaron sobre la posibilidad del uso de la fuerza contra quien maltratara a sus súbditos más allá de lo considerado aceptable⁴.

vida humana que se asienta sobre este criterio, son ambas unas de las principales instancias de comprensión y articulación de los derechos humanos, pues no hay situaciones más extremas que las provocadas por los actos de violación grave y masiva. En ellas es cuando se pone a prueba la capacidad de respuesta de la comunidad internacional, y resulta impactante que para salvar vidas humanas deba realizarse a través de un discutido uso de la fuerza. Sobre el criterio de vida como condición de posibilidad de todos los fines y el principio de producción, reproducción y desarrollo de la vida humana, ver la obra de Franz Hinkelammert. Entre muchos de sus libros: *La fe de Abraham y el Edipo occidental*, DEI, San José, 1991; *El mapa del emperador*, DEI, San José, 1996; *El grito del sujeto*, DEI, San José, 1998; y *Sacrificios humanos y sociedad occidental. Lucifer y la bestia*, DEI, San José, 1998. También ver Enrique Dussel (1998), *Ética de la liberación en la edad de la globalización y la exclusión*, Trotta, Madrid.

⁴ Ver en este sentido Itziar Ruiz-Giménez Arrieta (2005), en *La historia de la intervención humanitaria*, Los libros de la Catarata, Madrid, pp. 35 y ss.

Acerca de la universalidad y la complementariedad de los Derechos Humanos

Edgar Antonio López¹

El largo y accidentado camino de la secularización condujo al pensamiento occidental a formular una dignidad universal que debe ser reconocida en cada persona; más allá de una naturaleza humana creada, de la cual se podrían derivar unos derechos naturales. Esta secularización del discurso sobre la dignidad humana “representa la maduración de una tradición antropológica que serviría como base a la modernidad” (López, 2009a: p. 31).

El cambio en la comprensión de la dignidad humana y de los derechos concomitantes hizo posible al filósofo prusiano Emmanuel Kant proponer, al final del siglo XVIII, la universalidad como criterio imperativo de acción: “obra solo según aquella máxima por la cual puedas querer que al mismo tiempo se convierta en una ley universal” (Kant, [1785] 2002: p. 104). La obligación de respetar siempre y en cualquier situación la dignidad de cada persona como fin en sí misma, “y nunca simplemente como medio” (Kant, [1785] 2002: p. 116), marcó desde entonces el curso de la reflexión moral y política al establecer la dignidad humana como valor fundamental de la normatividad y fuente primera de los derechos.

La igualdad que existe entre las personas, en términos de su dignidad constitutiva e inherente, implica para ellas el ejercicio de libertades reales y derechos fundamentales que corresponden a una noción de universalidad. Esta universalidad se ve claramente reflejada en el segundo artículo de la Declaración Universal de los Derechos Hu-

¹ Magíster y Doctor en Teología de la Pontificia Universidad Javeriana, Magíster en Filosofía de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor Asociado de la Facultad de Teología de la Pontificia Universidad Javeriana y colabora con la Maestría en Filosofía Latinoamericana de la Universidad Santo Tomás.

manos, proclamada por la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. El mencionado artículo establece cómo los derechos y las libertades reconocidos por la Declaración trascienden las diferencias relacionadas con la identidad, el pensamiento, la condición y el origen de todo ser humano:

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. (...) Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía. (ONU, [1948] (2015): p. 6).

En el mismo sentido, el vigésimo octavo artículo de la Declaración establece como derecho mismo la garantía de la realización efectiva de tales derechos y libertades. “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos” (ONU, [1948] (2015): p. 58).

No cabe duda acerca de la relevancia que tiene para la humanidad contar con esta declaración, que reconoce los derechos y las libertades individuales de todas las personas, pues establece además el deber que tiene la comunidad internacional, y cada sociedad particular, de garantizar su efectiva realización. Sin embargo; una aproximación a los derechos universales desde la perspectiva unilateral del sujeto individual puede llevar a considerarlos apenas como formales abstracciones normativas, cuyo pretendido alcance universal los hace frágiles al entrar en las realidades diversas de contextos culturales particulares.

En efecto, como derivaciones de las nociones occidentales de la libertad individual y de la dignidad universal, los derechos humanos parecen ajustarse solo a ciertos ámbitos culturales europeos y no a los entornos vitales de pueblos ancestrales de América, África, Asia y Oceanía. La superación de esta dificultad para comprender el carácter universal de los Derechos Humanos depende de la importancia que se conceda a los factores relacionados con la identidad particular, que las personas se forjan mediante la interacción con los miembros de las comunidades a las que pertenecen. “La noción de libertad individual y

el aprecio por ella son cuestiones que aparecen estrechamente ligadas al asunto de la identidad de la persona y a las diferencias culturales” (López, 2009a: p. 33).

Poner a salvo el valor de la dignidad humana, ante el riesgo de reducirla a una formulación abstracta y vacía, hace necesario reconocer las formas particulares que ella toma en los diversos contextos culturales. De otro modo, los derechos humanos pueden ser instrumentalizados para justificar intervenciones militares arbitrarias, desarrolladas en nombre de la libertad; políticas económicas inequitativas, impuestas en nombre del desarrollo; así como estrategias colonialistas de avasallamiento cultural, implementadas en nombre de la civilización.

Al final del siglo XX, el filósofo canadiense Charles Taylor advirtió sobre la complementariedad que existe entre la visión igualitarista universal de la dignidad humana y la visión multiculturalista atenta a las diferencias que posibilitan a los individuos construir sus identidades comunitarias particulares. “Con la política de la dignidad igualitaria lo que se establece pretende ser universalmente lo mismo, una ‘canasta’ idéntica de derechos e inmunidades; con la política de la diferencia, lo que pedimos que sea reconocido es la identidad única de este individuo o de este grupo, el hecho de que es distinto de todos los demás” (Taylor, 2001: 61).

Esta advertencia de Taylor, para quien la política de la diferencia “brota orgánicamente de la política de la dignidad universal” (2001: 62), permite señalar las limitaciones de la noción individual de los derechos humanos.

En su crítica universalista al multiculturalismo, Jürgen Habermas propone como alternativa una “concepción procedimental del derecho según la cual el proceso democrático debe asegurar simultáneamente la autonomía privada y la autonomía pública” (Habermas, 1999: 197). El filósofo alemán considera suficiente contar con una visión universalista de los Derechos Humanos como derechos individuales, pero no desconoce que “todo ordenamiento jurídico es también la expresión de una forma de vida particular y no solo el reflejo especular del contenido universal de los derechos fundamentales” (Habermas, 1999: 205).

Como puede verse, es indispensable que el uni-perspectivismo de la visión igualitaria y universalista se abra a un horizonte de comprensión más amplio para reconocer que los derechos humanos son tan individuales como necesariamente son colectivos. Se trataría entonces de un “universalismo contextualizado” (Calderón, 2010) que permite ver la universalidad de los Derechos Humanos a la luz de la diversidad.

Si en verdad somos igualmente libres, como quiere la visión universalista; entonces tenemos igual derecho a ser diferentes, como lo propone el multiculturalismo. He ahí la convergencia de las dos vertientes, individual y comunitaria, que deben regar el campo de la dignidad humana. Esta visión complementaria permite convertir el campo de la dignidad humana, que puede llegar a ser tan árido como formal, en un terreno fértil para que germinen los derechos universales en sus formas particulares.

Las concreciones particulares a través de las cuales los Derechos Humanos se manifiestan en los diversos contextos culturales, que sirven a los individuos para forjar sus identidades, hacen evidente la complementariedad que hay también entre las denominadas generaciones de derechos. En efecto, la esfera de los derechos civiles y políticos no puede ser bien comprendida si se separa de la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales. Tampoco puede ser comprendida ninguna de estas dos esferas si se conciben separadas de los derechos a reproducirse en un ambiente sano y pacífico.

La discriminación social suele estar asociada a diferencias económicas que limitan el ejercicio de libertades políticas. Muchas veces esta discriminación social, política y económica tiene que ver con la destrucción del ambiente en que se desenvuelven comunidades consideradas inferiores por la manera particular como se relacionan con el entorno natural (López, 2009b).

No se puede ser libre sin los recursos materiales para hacer efectiva y real esa libertad, pues estos medios son los que permiten la reproducción de la vida individual e intergeneracional. Estos recursos son las garantías que deben ofrecer las sociedades en medio de la diversidad cultural. “Los derechos humanos abarcan los ámbitos político, social, económico, cultural, ambiental y reproductivo. Esto los convierte en importantes referentes para concretar la noción universal de

dignidad humana, pues dan una idea completa de las condiciones en las que viven las personas” (López, 2009a: p. 31).

Como valor fundamental de los Derechos Humanos, la dignidad humana hace que estos derechos tomen diversas formas concretas. Lejos de comprometer la universalidad de tales derechos, el reconocimiento de tal diversidad asegura su presencia en la particularidad de los contextos culturales. Como afirma el economista bengalí Amartya Sen, otro crítico del multiculturalismo, “la principal esperanza de armonía en nuestro mundo atormentado reside en la pluralidad de nuestras identidades” (Sen, 2007: 41).

A Trajetória Migratória como Cenário de Análise. Análise do Artigo 13 da Declaração Universal dos Direitos Humanos

Edileny Tomé da Mata¹

Introdução

Achamos que antes de começar a análise do artigo 13 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o mais lógico seja realizar uma breve contextualização temporal e espacial da mesma Declaração. Neste sentido, Herrera expõe que a mesma surge junto ao Pacto Internacional dos Direitos civis e políticos e do Pacto Internacional dos Direitos económicos, sociais e culturais no contexto da guerra fria entre dois grandes sistemas de relações sociais (acrescentamos económicos e políticos) enfrentados por conseguir a hegemonia mundial; [...]. Ademais, os textos citados tiveram que conviver com o final dos processos de descolonização e a progressiva aparição de novas nacionalidades e novos atores internacionais (Herrera, 2008: 18-19). Junto à contextualização ideológico-política cabe acrescentar a espaço-cultural onde surge a Declaração. O Herrera se refere a ela como a ‘autoproclamada Declaração Universal’ (Herrera, op. cit.: 59), isso significa que desde um âmbito territorial determinado e, por conseguinte, desde marcos de pensamentos culturais concretos, se estabelece o universalismo a priori marcando assim o Ocidental como referente e “cruz de guia” frente aos Outros marcos culturais ao nível mundial.

Hoje em dia os âmbitos político e econômico são outros, porém o cultural continua sendo o mesmo, dado que perdura a colonialidade do saber e do ser (Quijano, 2000; Mignolo, 2011; Maldonado, 2009)

¹ Membro do Instituto Joaquín Herrera Flores (Espanha), do Grupo de Investigação Social e Ação Participativa (UPO, Sevilha). Professor do Mestrado em Direitos Humanos, Interculturalidade e Desenvolvimento; Doutor pela Universidade Pablo de Olavide. Foi Assessor Jurídico na Unión Romani (Espanha).

marcados com ferro e sacrifícios humanos desde a época da conjunção modernidade-colonialidade.

O artigo 13 da Declaração Universal dos Direitos Humanos ao que nos referimos neste pequeno trabalho estabelece o seguinte:

1. Todo ser humano tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.

2. Todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar

Consideramos que a liberdade humana chave neste artigo é a liberdade de locomoção sem fronteiras mesmo se a mesma Declaração no processo da monitorização da aplicação das suas cláusulas deixa nas mãos dos próprios Estados a efetividade da mesma. A liberdade de locomoção e de movimento ao nível mundial na atual sociedade contemporânea é um dos temas mais controversos, pois passou a ser uma questão privilegiada e utilitarista a expensas do sistema neoliberal capitalista. Assim, a liberdade de movimento das/dos migrantes do Sul ao Norte é marcada dependendo se o mercado laboral europeu e ocidental precisa dessa mão de obra, ou se a demografia envelhecida do Ocidente precisa para assim garantir o sustento do sistema da previdência social.

Como complemento à contextualização da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do seu artigo 13, achamos que também é necessário ressaltar que a análise do aspecto jurídico não deve cair na tautologia lógica do jurídico, sem ter em conta assim outros sistemas de garantia (cultural, econômico; social; ambiental...) existentes e que influenciam na efetividade dos artigos tanto da Declaração como de outros instrumentos normativos.

Neste presente trabalho o nosso propósito é, pois, analisar o que consideramos o núcleo do artigo 13 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, isso quer dizer, a liberdade de movimento e, por conseguinte, as fronteiras existentes. Para o efeito teremos como base para a análise as subjetividades migrantes no atual contexto contemporâneo.

As fronteiras e os confins desde as subjetividades migrantes

As trajetórias migratórias para alcançar a Europa, sempre foram um perigo. Desde o estabelecimento de requisitos estritos de entrada, saída e permanência ao território europeu, a partir dos anos oitenta. Assim, os migrantes que, por vários motivos, não conseguem ou não cumprem com os meios legais de entrada no território europeu, não somente têm de superar o último obstáculo nos territórios magrebins (por exemplo, Marrocos, Líbia, Argélia, entre outros), mas também têm de passar por dificuldades de saída dos seus respectivos países de origem ou países de passagem, nos cruzamentos de fronteiras. Os migrantes passam, também por diversas violações dos direitos humanos, durante o trajeto para o Marrocos ou outros países do Magrebe, até conseguir chegar à Europa (Lepine, 2006; Traoré; Le Dantec, 2012).

Com esta crise migratória contemporânea que não é recente, o primeiro objetivo dos migrantes —que fogem de perseguições e violências culturais, estruturais, de gênero, políticas e econômicas— era chegar à Grécia passando pela Turquia, através das ilhas gregas. Quando chegam à Grécia a pretensão é ir até a Macedônia e atravessar a Sérvia e assim, chegar à Europa Ocidental.

As dificuldades dos migrantes que tiveram que superar o cruzamento fronteiriço, dos seus respectivos países de origem até chegar à Turquia e depois Grécia, se complica na Macedônia, pois este país ergueu uma barreira em sua fronteira com a Grécia. Os problemas do cruzamento fronteiriço na Europa continuam porque a Hungria levantou outra barreira em suas fronteiras com a Sérvia, Croácia e Romênia. Na Hungria além do fechamento das fronteiras, os migrantes podem ser condenados, com penas de até cinco anos de prisão, por terem tentado atravessar ilegalmente as fronteiras ou terem danificado as barreiras fronteiriças.

Os bloqueios das fronteiras, antes mencionadas, levam os migrantes a procurarem outros meios de fuga, e na maioria das vezes, estes são de caracteres ilegais e conseqüentemente perigosos, através da Sérvia para a Croácia, e da Croácia para a Eslovênia e deste para a Áustria ou Alemanha. Sendo esse trajeto também, difícil de ser feito, já que a Áustria levantou uma barreira em sua fronteira com a Eslovênia.

Hoje em dia as situações são ainda mais difíceis sobre tudo desde o Acordo entre a União Europeia e a Turquia² e o fechamento das fronteiras dos Balcãs. As rotas migratórias passam pelo Mediterrâneo Oriental e o Mar Negro, pelo Mediterrâneo Central e o Mediterrâneo Ocidental com as suas respetivas detenções nas fronteiras, desaparecidos e mortes (UNHCR, 2017).

Do ponto de vista das políticas migratórias utilitaristas, a Europa fecha as suas fronteiras para a entrada dos migrantes, seja qual for o motivo da fuga. Esta política de fechamento de fronteiras, não acontece somente na União Europeia, mas também nos países de origem e passagem dos imigrantes, através das políticas de *externalização* de fronteiras e das restrições de acesso aos vistos.

Segundo Genova, Mezzadra e Pickles (2015) sobre as políticas de externalização de fronteiras:

“A externalização de fronteiras se refere à expansão territorial e administrativa das políticas de imigração e fronteira, de um determinado Estado (europeu) a um terceiro estado [...]. A externalização de fronteiras, muda o conceito de fronteiras através da reelaboração de quem, onde e como as fronteiras são praticadas. Através da reinvenção e do repensar das fronteiras, além das linhas que dividem os Estados-nações e, estendendo a ideia de fronteira sob formas de práticas de gerenciamento entre uma multiplicidade de Estados, a externalização é um esforço explícito de “estiramento de fronteiras”, com o objetivo de multiplicar as instituições envolvidas na gestão fronteira e assim estender e reinventar novas formas de soberanias. Neste sentido, a definição das fronteiras cada vez se refere menos aos limites territoriais dos Estados, e mais ao gerenciamento dirigidas à ‘onde se encontra a imigração’” (Casas-Cortes, M. et all. (2015): 19-tradução do autor).

Em resumo, as políticas de “externalização de fronteiras”, mostram como os processos migratórios levam à abordagem de uma nova forma de entendimento dos Estados nações e suas respectivas fronteiras. Deste ponto de vista, as fronteiras europeias não terminam no Mar Mediterrâneo, em Ceuta ou Melilha, ou nas Ilhas Canárias, mas se estendem aos territórios do Mali, Senegal, Guiné Bissau, Cabo Verde e de países magrebins como Líbia, Argélia e Marrocos. A União

² Ver: <http://joaquinherreraflores.org/content/noticias/comunicado-instituto-joaquin-herrera-flores-sobre-el-preacuerdo-union-europea>.

Europeia instala nestes países, sistemas de controle através de aviões e barcos de vigilância, a fim de impedir aos imigrantes de entrarem na Europa³.

Neste âmbito de políticas de contenção da entrada dos imigrantes e refugiados na Europa, um dos maiores ‘muros da vergonha’ na Espanha, hoje, são as cercas de arame farpado colocadas nas fronteiras de Ceuta e Melilha, duas cidades espanholas autônomas, situadas no continente africano. Nestes muros se cometem várias violações dos direitos humanos, como o direito à vida, direito a não devolução, direito à assistência jurídica, entre outros⁴.

Esta política de fechamento obriga os migrantes e refugiados recorrerem as vias ilegais (normalmente as chamadas máfias) (Shelly, 2014; Alto Comissariado, 2011) que quase sempre colocam em perigo, as vidas dos migrantes. A *Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía* (APDHA) expõe no seu habitual Relatório anual que, dada as condições em que tiveram lugar as tentativas de chegada à Europa por veleiros frágeis ou barcos, quase sempre impressionantemente sobrecarregados e mesmo sem tripulante, só podia provocar uma verdadeira catástrofe humanitária (APDHA, 2015). Assim, um total de 4.868 pessoas perderam a vida tentando atravessar diversas fronteiras no mundo, ao longo do ano de 2014. Entre elas 66% foi no mar Mediterrâneo, com 3.224 mortes (Ibidem) (tradução do autor).

³ Com a finalidade de aprofundamento na bibliografia sobre políticas de *externalização* de fronteiras na Europa, vid. APDHA, (2011). *Derechos Humanos en la frontera sur. 2010-2011*. Ed. APDHA. Sevilla; Naranjo, Giraldo, Gloria E. (2014) *Desterritorialización de fronteras y externalización de políticas migratorias. Flujos migratorios irregulares y control de las fronteras exteriores en la frontera España-Marruecos*. *Estudios Políticos*, 45, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, pp. 13-32; Zapata Barrero, Ricardo y Zaragoza Cristian, Jonathan (2008) *Externalización de las políticas de inmigración en España: ¿giro de orientación política en la gestión de fronteras y de flujos migratorios?* *Panorama Social*. N.º 8, pp. 186-195

⁴ As práticas de “*devolución en caliente*” legitimadas pelo Estado espanhol, são consideradas ilegais dos pontos de vista da Lei de imigração espanhola, do direito europeu e do direito internacional. Vid. Martínez Escamilla, M. et all. (2014). “Expulsiones en caliente: cuando el Estado actúa al margen de la ley” [Informe jurídico].

A Organização Mundial de Imigração (OIM) indica que entre os imigrantes mortos no mar Mediterrâneo, 30% era da África Negra, 30% do Oriente Médio e África do Norte, (em particular da Síria) do território palestino ocupado e do Egito, 11% do Chifre da África; e para 29% dos mortos não existe identificação de procedência da sua morte (OIM, 2014).

Desde o mês de setembro de 2017 já faleceram no Mediterrâneo oriental e no Mar Negro 24 pessoas e 14 desaparecidos; na rota Mediterrânea central 2.496 pessoas e no Mediterrâneo Ocidental 122 pessoas (UNHCR, 2017).

O fechamento das fronteiras terrestres, que obrigam os migrantes e seus familiares a arriscarem suas vidas no mar⁵ lembra a imagem do pequeno Aylan Kurdi afogado nas águas do mar turco. Este desastroso acidente aconteceu devido ao impedimento, pelas autoridades turcas, de atravessar legalmente as fronteiras, o que levou o pai do menino sírio a continuar a viagem pelo mar, e assim as fortes ondas fizeram o menino se escapar dos braços do pai e morrer.

Na sua função de *gendarme* das políticas europeias, a Turquia proíbe os migrantes e refugiados, residentes em seu território, de viajarem para Edirne —uma das cidades fronteiriças com Europa. A Prefeitura de Edirne na Turquia organiza o impedimento de migrantes e refugiados, de entrarem na Europa (Hurtado, 2015).

Os migrantes que conseguem chegar ao território europeu continuam com a história da dificuldade quanto ao processo de inclusão e integração social. Assim o sentido e o fundamento das políticas europeias, com base unicamente nos interesses nacionais e territoriais, marcam as políticas de acolhimento focadas na centralização do trabalho. Isso significa que, o âmbito trabalhista é determinante na percepção do imigrante como indivíduo integrado na sociedade. Essa percepção elimina, por conseguinte, todos os “fragmentos” da vida

⁵ Essa função não é casual, mas causal, ou seja, foi atribuído o papel de *gendarme* de políticas de fechamento de fronteiras europeias. Indica o jornal digital *eldiario.es* nas suas páginas: “La EU ofrece 3.000 millones a Turquia para contener a los migrantes” (http://www.eldiario.es/desalambre/UE-Turquia-millones-contener-refugiados_0_457404647.html)

humana como pode ser a de gênero, raça/etnia, religião, orientação sexual, entre outros.

Contudo, a aquisição da estabilidade trabalhista, depende das circunstâncias econômicas, financeiras e políticas. No caso do migrante, este não é somente um *homo economicus*, mas também é marcado pelos perfis nacional, cultural, de gênero, como assinalamos antes. Assim, aos migrantes e refugiados, que não conseguem uma inclusão no mercado de trabalho, será diminuída sua participação nos âmbitos sociais, políticos, econômicos e culturais, assim como o acesso aos direitos básicos e fundamentais, salvo situações de urgência (mulher grávida e crianças), quando o seu desfrute depende das contribuições dos imigrantes à previdência social.

Considerações finais

Em definitiva, o artigo 13 da Declaração Universal dos Direitos Humanos não pode ser analisado de forma separada do contexto espacial, temporal e, por conseguinte, filosófico, ideológico-político e cultural em que se enquadra a própria Declaração. A ausência dessa análise contextualizada consideramos levaria à naturalização do conceito do direito à liberdade de movimento e, assim, à abstração da diversidade de situações, modos de vida e relações, pensamentos... diferentes daquele predominante no contexto dos poderes que aprovaram a Declaração.

No sentido expressado antes vemos que o materialismo jurídico da liberdade de locomoção/movimento vista desde as subjetividades migrantes se orienta principalmente pelos interesses utilitaristas do Ocidente, gerando assim amplias fronteiras tanto ao longo dos seus respetivos contextos territoriais como além-fronteiras. Esta última questão coloca assim em evidencia a necessidade da adopção de uma ‘nova’ figura do Estado-Nação que se restringe à sua integridade territorial, mas sim onde se encontra a ‘corporalidade migrante’.

Por último, nessa linha da ‘corporalidade migrante’ percebemos que as fronteiras não somente são físicas, mas também abstratas. Isso significa, aspetos como a raça/etnia, gênero, a religião, a classe social e a orientação sexual, entre outros, marcaram assim os confins dentro dos territórios estatais europeus em geral e da Espanha em particular.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos e seu Espelho: a Declaração Americana de Direitos Humanos e seus Reflexos no Constitucionalismo na América Latina

Eduardo Manuel Val¹

Introdução

Às vésperas de completar setenta anos se faz necessário um balanço dos resultados da Declaração Universal dos Direitos Humanos e uma reflexão crítica sobre suas possibilidades como instrumento de transformação real em América Latina.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos assume a forma de carta de princípios fundacional de uma nova era para a humanidade após a II Guerra Mundial.

Seu formato e título a insere na tradição das grandes declarações revolucionárias e iluministas de finais do século XVIII, no Ocidente, como a Americana e Francesa e, tal como estas, pretende inspirar uma nova forma de organização política e jurídica para a sociedade — a de seu tempo e a do futuro da humanidade. Em outras palavras tem uma finalidade claramente transgeracional e sem limitações espaciais ou fronteiras. Assim seu DNA é claramente ocidental e de matriz liberal.

Desde o ponto de vista formal, por não ser um tratado não representa um vínculo obrigatório para todos os Estados que dela fazem

¹ Doutor em Direito pela PUC-RIO e coordenador adjunto do Mestrado e do Doutorado em Direito da Universidade Estácio de Sá. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense e professor colaborador do Programa de Mestrado em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense.

parte, mas sem dúvida trata-se do principal documento de *soft law*² que por sua força ética, seu alto grau de adesão internacional e sua permanente confirmação no decorrer das décadas, tem se constituído em direito costumeiro internacional e conseqüentemente importante fonte de direito internacional.

Nasce, como afirma Stépháne Hessel (2011), com o intuito de libertar a humanidade das ameaças do totalitarismo, e para conseguir essa emancipação era necessário comprometer aos Estados Membros das Nações Unidas com o respeito a direitos humanos universais.

A noção de universalidade naquele contexto histórico está condicionada por um ocidentalismo que tinha colonizado o resto do mundo e que ainda se mantinha vigente. Lembremos que ainda naquele momento histórico boa parte dos países de Europa Ocidental mantinham importantes impérios coloniais na Ásia e África. Lembremos que a Índia tinha atingido sua independência da Grã-Bretanha em 1947, Indonésia se tornou independente da Holanda, em 1949 e Argélia, alcançou sua independência da França em 1962, após uma Guerra de independência que se arrastou desde 1954.

Porém, ainda assim, a declaração vai fixar vinte e nove direitos políticos, civis, econômicos, sociais e culturais que vão servir de motor para impulsionar profundas reformas na sociedade internacional, incluídos os processos de descolonização. Desta forma, a pressão pela liberdade levou a Assembleia Geral das Nações Unidas a aprovar a Resolução 1514, em 1960, que consagrou o direito à autodeterminação dos territórios sob administração estrangeira e condena qualquer ação armada das metrópoles.

Ao mesmo tempo que os direitos dos Estados iam sendo reconhecidos progressivamente, os direitos dos indivíduos frente aos Estados, incluindo aqueles novos estados que surgiam e se multiplicavam, pas-

² Para os fins do presente trabalho, utilizamos o conceito de *soft law* ancorado no direito internacional tal como preconizado por Mazzuoli, 2010: “pode-se afirmar que na sua moderna acepção ela compreende todas as regras cujo valor normativo é menos constringente que o das normas jurídicas tradicionais, seja porque os instrumentos que as abrigam não detêm o status de ‘norma jurídica’, seja porque os seus dispositivos, ainda que insertos no quadro dos instrumentos vinculantes, não criam obrigações de direito positivo aos Estados, ou não criam senão obrigações pouco constringentes”.

saram a se inspirar direta ou indiretamente na Declaração Universal na sua estruturação constitucional. Assim pelo menos na sua narrativa formal a Declaração contribuiu para internalizar os direitos humanos nas ordens jurídicas nacionais.

Os reflexos no espelho Latino-Americano: A OEA, a Declaração Americana, a Convenção de San José da Costa Rica e seus reflexos no Brasil

Na América latina houve duas vias de promoção dos direitos humanos universais: a primeira através de um sistema regional próprio de direitos humanos tendo como eixo principal a Organização de Estados Americanos (OEA) que funcionou desde seu início como espelho da ONU como observamos na Carta de Bogotá (1948)³, elaborando também sua própria Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem⁴ e a segunda via foi através da incorporação dos direitos humanos na condição de direitos fundamentais nos textos constitucionais dos Estados da região.

Ainda que a Declaração Americana seja anterior a Declaração Universal, já que foi assinada em abril de 1948, ela está claramente imbuída do mesmo espírito que a Carta de São Francisco (ONU). Espelha as mesmas intenções e objetivos e, sobretudo, propõe a centralidade dos direitos humanos, associando o direito internacional ao constitucional como o caminho da construção de um futuro para a sociedade. Nesse sentido o “considerando” inaugural da Carta Americana é claramente explícito:

Considerando que os povos americanos dignificaram a pessoa humana e que suas constituições nacionais reconhecem que as instituições jurídicas e políticas, que regem a vida em sociedade, têm como finalidade principal a proteção dos direitos essenciais do homem e a criação de circunstâncias que lhe permitam progredir espiritual e materialmente e alcançar a felicidade (...)

³ Disponível em https://www.oas.org/dil/port/tratados_A41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.pdf

⁴ Disponível em http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_dev_homem.pdf Acesso em 01/01/2018.

Mas o constitucionalismo latino-americano das décadas de 40 e 50 não conseguiu superar os limites das contradições do modelo liberal e as tentativas de estabelecer as bases de um Estado Social de direitos com um claro resgate da identidade nacional foi permanentemente frustrada por um formalismo constitucional dissociado de políticas públicas coerentes.

Na década seguinte, o cenário internacional mostrou como o equilíbrio bipolar da Guerra Fria não resistia as tensões decorrentes do desgaste ideológico e econômico das grandes potências hegemônicas e que o processo de descolonização por um lado e as demandas por liberdades e direitos reais exigiam um espaço para os denominados Países em Desenvolvimento.

O Movimento dos Países Não Alinhados evidenciou a existência de uma multiculturalidade de valores que não se resumiam a perspectiva ocidental e as sucessivas conferências de Delhi, Belgrado e Cairo aumentaram a pressão sobre o sistema de Nações Unidas e seus braços regionais.

A indignação pós II Guerra arguida por Hessel deu lugar ao desgaste ético provocado pela maximização do capitalismo e seus graves efeitos de exclusão social. Quando as tensões sociais colocaram em risco a estabilidade sistêmica, as Nações Unidas conseguiram reforçar juridicamente a proposta da Declaração Universal ao elaborar os Pactos de Direitos Cívicos e Políticos (1966)⁵ e de Direitos Económicos, Sociais e Culturais (1966)⁶.

A esperança de que positivando os direitos em forma de tratado internacional e da teórica coercibilidade que isto implica significasse uma passagem da narrativa discursiva dos direitos humanos para sua efetivação, se viu reforçada no âmbito latino-americano com aprovação da Convenção de San José de Costa Rica ou Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1969)⁷ que espelhando o modelo europeu vai construir o sistema interamericano de direitos humanos

⁵ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm

⁶ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm

⁷ Disponível em http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

impulsionando a Comissão interamericana e a Corte interamericana de Direitos Humanos.

Mas enquanto na Europa houve uma convergência de sinergias entre a defesa e promoção dos direitos humanos, no âmbito regional da Corte Europeia de Direitos Humanos, e a efetivação dos direitos políticos e sociais à luz da continuidade democrática e o desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social, na América Latina os resultados foram diametralmente opostos.

O projeto de integração econômica como instrumento de superação da crônica crise de desenvolvimento social, diagnosticado pela CEPAL no seu relatório anual de 1958 e concretizado através do Tratado de Montevideu (1960) não foi acompanhado por um processo de continuidade democrática. Os golpes militares nas décadas de 60 e 70 estabeleceram ditaduras cívico-militares que impediram a consolidação e avanços nos direitos humanos em toda a região.

Os longos períodos de ditadura, Argentina (1966-1973) e (1976-1983), Bolívia (1971-1985), Brasil (1964-1985), Chile (1973-1990), Guatemala (1954-1996), Panamá (1968-1989), Paraguai (1954-1989), Peru (1968-1980) e Uruguai (1973-1984), entre outros, minaram a possibilidade de amadurecimento institucional democrático e o desenvolvimento de uma cultura de proteção aos direitos humanos.

Os milhares de pessoas desaparecidas, torturadas e assassinadas foram tantas que a sociedade internacional pressionou ao sistema interamericano a ir além na sua tentativa de proteção normativa aos direitos humanos e, como já mencionado, adotar a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1969).

A resistência foi tanta que ela só conseguiu ser ratificada em 1978 e seu Protocolo Adicional, conhecido como Protocolo de San Salvador, que objetivou reforçar os direitos econômicos, sociais e culturais, em consonância com o Pacto da ONU sobre a mesma matéria de 1966, foi concluído em 1988, mas entrou em vigor unicamente em 1999. Os governos do nosso continente sempre acharam um problema aceitar a óbvia indissociabilidade entre estes direitos e os direitos civis e políticos.

No Brasil, sem ir mais longe, a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica, foi promulgada pelo decreto 678, de 6 de novembro de 1992, de Itamar Franco. O

Protocolo de San Salvador entrou em vigor pelo decreto presidencial 3321/1999, de 30 de dezembro de 1999 e a Declaração de Reconhecimento da Competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, entrou em vigor pelo decreto 4463/2002, de 8 de novembro de 2002, estes dois últimos na administração Fernando Henrique Cardoso. E ainda assim, este último instrumento está condicionado sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.

Concluimos que o Brasil, em quanto estado constitucional e democrático de direito, a partir da entrada da promulgação de sua “constituição cidadã”, demorou 14 anos em integralizar a incorporação da ordem normativa interamericana dos direitos humanos.

Esta demora fala muito de qualidade real dos valores democráticos nas classes dirigentes no Brasil e de como existe uma narrativa e um discurso constitucional democrático dissociado de uma prática democrática e de promoção e efetividade dos direitos humanos por parte de sua administração pública.

E isto não se restringe ao âmbito do poder executivo e legislativo sempre condicionados por uma concepção muito subjetiva da ideia de soberania, mas também por um judiciário que encontra enormes dificuldades para internalizar os direitos humanos e traduzi-los em termos de direitos fundamentais constitucionalizados.

Particularmente difícil tem sido harmonizar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STF) com a da Corte interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

A jurisprudência do tribunal mais especializado em direitos humanos e com uma doutrina consolidada analisando os conceitos chaves das ofensas aos direitos humanos na nossa região tem encontrado resistência por parte do STF para seguir suas decisões e a interpretação originária da Convenção de San José. Isto apesar do estado brasileiro tardiamente ter incorporado o texto como próprio e aceitado sua jurisdição e obviamente, sua jurisprudência como obrigatória. O que deveria ser aproveitado como uma ferramenta eficaz de apoio e legitimação das mudanças na cultura jurídica dos valores em direitos humanos para atingir sua efetividade real.

O Brasil tem sido condenado em sentenças paradigmáticas⁸ como *Ximenes Lopes vs. Brasil* (2006), *Escher e outros vs. Brasil* (2009), *Garibaldi vs. Brasil* (2009), *Gomes Lund e outros vs Brasil* (2010), *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil* (2016) e *Favela Nova Brasília vs. Brasil* (2017). Particularmente relevante tem sido a atitude do STF no caso *Gomes Lund*, também conhecido como *Guerilha do Araguaia*. Esse caso trata da Lei de Anistia e o STF tem decidido manter a anistia ignorando flagrantemente a jurisprudência farta e consolidada da Corte interamericana em um tema tão caro a Latino América como são os crimes cometidos pelas ditaduras cívico-militares na região denominados “crimes do terrorismo de Estado”.

Cada condena emitida pela Corte tem evidenciado o fracasso do judiciário brasileiro e do STF, em particular, em sua condição de “último guardião da constituição” dita cidadã.

Mas essa resistência se evidencia também em outros países como a decisão recente da Corte Suprema do Uruguai ao declarar a inconstitucionalidade dos artigos 2 e 3 da lei 18.831, denominada “lei interpretativa” que previam a imprescritibilidade dos delitos de lesa humanidade. Essa decisão é claramente contrária a sentença *Gelman vs. Uruguay* (2011) emitida pela Corte Interamericana. Neste último caso cria espanto a decisão do referendo de 1989 e do plesbicitico de 2009 em que se manteve a lei de Anistia (lei 15.848/86)⁹.

A enorme dificuldade que tem havido no Chile para revogar a chamada Lei de Anistia, na realidade o decreto lei 2.191 de 1978, emitido pelo ditador Pinochet pode ser visto, dado a relevância simbólica de um país como um exemplo claro de como os poderes públicos dos estados democráticos de direito continuam reféns de políticas de resistência a efetividade dos direitos humanos.

⁸ Não nos deteremos em pormenorizar cada um dos casos mencionados por não ser o objetivo deste breve ensaio, entretanto, para maiores informações a este respeito a jurisprudência pode ser consultada diretamente no site da Comissão interamericana de direitos humanos <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/mandas.asp>

⁹ A complexidade do problema tem sido tratada na Entrevista de Raul Eugenio Zaffaroni e Guido Croxatto, a qual recomendamos a leitura. Disponível em <http://www.revistaladi.com.ar/numero2-entrevistaerz/>

A origem, ou pelo menos fatores fundamentais na construção destes obstáculos, podem ser encontrados na pesquisa de Svetlana Jaramillo (2013), em que se chega à conclusão de que a matriz cognitiva da academia jurídica latino-americana é profundamente conservadora, reproduzindo esse modelo as novas gerações e impedindo novas propostas institucionais e impedindo o poder constituinte de concretizar a ruptura necessária com o modelo constitucional clássico liberal.

O legado da declaração e seus reflexos positivos

Mas um balanço exige também resgatar os elementos positivos e nesse sentido cabe registrar que no âmbito interamericano houve um claro avanço em termos de direito convencional e do próprio *soft law*.

A Carta Fundacional da OEA foi reformada em 1967 (Buenos Aires), 1985 (Cartagena) e 1992 (Washington) e conforme suas disposições em diversas Conferências Interamericanas foram aprovadas as seguintes Convenções: 1. Convenção para prevenir e punir a tortura (1985); 2. Protocolo adicional em matéria de direitos econômicos, sociais, culturais. Protocolo de San Salvador (1988); 3. Protocolo referente à abolição da pena de morte (1990); 4. Convenção para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. Convenção de Belém do Pará (1994); 5. Convenção sobre o desaparecimento forçado de pessoas (1994); e 6. Convenção para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência (1999).

Em termos de *soft law* foram aprovados importantes documentos como: 1. Carta democrática interamericana (2001); 2. Declaração de princípios sobre liberdade de expressão (2000); 3. Princípios de boas práticas para a proteção de pessoas privadas de liberdade nas Américas (2008).

A Corte IDH tem também contribuído refletindo a Declaração Americana e a Declaração Universal em inúmeros decisões que tem criado jurisprudência sobre os mais variados direitos como dentre outros: 1. Crianças Yean e Bosico Vs. Rep. Dominicana (direitos econômicos, sociais, culturais e discriminação); 2. Ximenes Lopes Vs. Brasil (direito a integridade pessoal); 3. Bayarri Vs. Argentina (direito à liberdade pessoal); 4. Olmedo Bustos e outros Vs. Chile. “A última

tentação de Cristo” (direito à liberdade de expressão); 5. Vélez Loor Vs. Panamá (Migração, Refugio e Apátridas); 6. Barrios altos Vs. Peru (direito à vida, anistias e direito à verdade); e 7. Yatama Vs. Nicarágua (direito dos povos indígenas).

Em síntese podemos concluir que a Declaração Universal e seu “espelho latino-americano” tem produzido um forte arcabouço protetivo dos direitos humanos que tem influenciado decisivamente a defesa dos direitos humanos no nosso continente firmando o Princípio *Pro-Homine* e que tem inspirado a narrativa constitucional democrática surgida depois da II Guerra Mundial. Movimentos como o Neoconstitucionalismo, e especialmente o Novo Constitucionalismo Latino americano tem tentado realizar os valores em direitos humanos incorporando estes como eixo fundamental das constituições elaboradas fundamentalmente a partir de finais da década dos 80 na região. Porém, essa tarefa enfrenta forte resistências políticas e até dos próprios poderes judiciários locais para avançar na consolidação de uma cultura jurídica com clara primazia dos valores democráticos de direitos humanos.

A consolidação de um *Ius Commune* Latinoamericano em direitos humanos é essencial para a transformação de “nossa América” numa sociedade com justiça social.

Ainda que os problemas continuem, não cabe dúvida que a reforma pelos Direitos Humanos conseguiu transformações importantes na seara dos direitos fundamentais e obrigou aos estados a respeitar mais e melhor esses direitos à luz do princípio *Pro-Homine*, consagrado pela jurisprudência da Corte Interamericana à luz da Declaração Americana dos direitos e deveres do homem. Este princípio vai garantir melhores e maiores condições de proteção as vítimas de ofensas contra os direitos garantidos na Convenção e que são de responsabilidade dos Estados.

Contradicciones del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, Derechos del Contribuyente y Derecho Tributario

Esperanza Buitrago¹

La celebración del centenario de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) es una ocasión para reflexionar sobre el estado de los Derechos del Contribuyente (DC) y el Derecho tributario en el marco de los Derechos Humanos (DH). Atendiendo la invitación del profesor Olasolo, a continuación reflexiono sobre las siguientes preguntas: 1) ¿es posible una comprensión del multiculturalismo y los enfrentamientos entre culturas a partir de los valores consagrados en el universalismo de los DH?, 2) ¿se ha consolidado en la práctica el entendimiento interdependiente, indivisible e inter-relacional de los DH (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y el derecho al desarrollo)?, 3) ¿Hasta qué punto

¹ Esperanza Buitrago es docente e investigador senior del Departamento de Derecho Tributario de la Universidad de Maastricht. También ha sido profesora de la Universidad del Rosario en la que dirigió la intensificación en Derecho Tributario entre el 2010 y el 2014. Es profesora de la maestría en Derecho Internacional Tributario de la Universidad Externado de Colombia desde el año 2004, del Instituto de Estudios Fiscales (Antioquia-Colombia) desde el 2010 y ha sido profesor visitante, entre otras de la Universidad de Pekín, Sun Yat Sen (Cantón-China), Cantabria (España). Es abogada, con maestrías en Propiedad Intelectual y en Derecho Financiero, doctora en Derecho Tributario por la Universidad de Salamanca, cum laude y mención doctor europeus. Es autora de varias publicaciones nacionales e internacionales y ha obtenido varios premios, entre ellos el premio de fiscalidad internacional otorgado por Deloitte (España) y la Universidad de Valencia, el premio extraordinario de la Universidad de Salamanca (2007) entre otros, por su obra sobre las regalías de propiedad intangible. Es miembro de la IFA y del Centro de Investigaciones del Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Alumni del Instituto Max Planck en Alemania. La autora agradece expresamente al Centro de Tributación de la Universidad de Maastricht por el incentivo y los recursos para la realización de este trabajo. Así mismo a Carlos Alberto García por sus valiosos comentarios.

las intervenciones “humanitarias” y la propia racionalidad neoliberal utilizan el discurso ambivalente de los DH para otros fines?

La denominación DC corresponde a una categoría moderna de garantías de los sujetos de deberes y obligaciones tributarias en su relación con el Estado, i.e., los servicios de impuestos, jueces y otros órganos del Estado. Debido a la variedad, número y forma de recaudo de los tributos, en la práctica contribuyentes somos todos. La influencia de la DUDH en esa relación no es explícita. Las visiones sobre estos derechos no suelen estar reconciliadas con los DH porque la tributación se ve como una prerrogativa del Estado, dando más prevalencia a los deberes que a los DC. Las dificultades para entrever una influencia de la DUDH en la relación fisco-contribuyente han hecho más ingente la necesidad de implementar Cartas de Derechos del Contribuyente (CDC) a nivel nacional, pero también a nivel regional. En varios países existen normas que las adoptan, pero también hay países que no poseen disposiciones específicas, tal como consta en el estudio más actualizado sobre Administraciones tributarias de la OCDE de 2017. A nivel regional existe la propuesta de la Comisión Europea para un Modelo de Código Europeo de Derechos del Contribuyente (2016).

Aunque varios países cuentan con listados o CDC, la naturaleza de la relación tributaria conlleva dificultades prácticas para la implementación y/o mayor desarrollo de esos postulados o de los Derechos fundamentales en general. Esto puede tener origen en las normas que gobiernan la actuación de los funcionarios y que evidencian dos tipos de problemas: por una parte, la justicia de la obligación sustancial fijada por la ley y, por otra, la dinámica del cobro de las obligaciones tributarias. Las preguntas formuladas se responderán en torno a estas dos temáticas, seguidas de una reflexión adicional para la pregunta final.

La justicia de la obligación tributaria y los derechos humanos

En el ámbito sustancial, la justicia de la obligación tributaria depende de las condiciones económicas, sociales y culturales de cada país. Los valores consagrados en el universalismo de los DH ayudan solo de forma limitada y parcial a comprender el multiculturalismo y los contrastes entre culturas en el ámbito impositivo, e.g. respecto de: la preferencia actual por los impuestos indirectos (como el IVA), las diferencias

de trato del ciudadano de a pie según el nivel de bienestar existente en países con diferentes tradiciones jurídicas y niveles de bienestar, o las diferencias de trato entre el ciudadano medio y los económicamente más fuertes, incluida la industria. Estos temas, directamente relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en la DUDH y con el derecho al desarrollo de las naciones (en la agenda de Addis Adaba) están a la espera de mayores desarrollos, incluidos los objetivos del milenio de las Naciones Unidas.

Desplazamiento de la imposición directa por la indirecta

Mientras que en el pasado el Impuesto sobre la Renta (IR) era el impuesto por excelencia, la preferencia actual es por otros como el IVA. El IR consulta o intenta consultar la capacidad contributiva (igualdad proporcional). Esto no necesariamente se logra con la imposición indirecta, aunque en ocasiones las Cortes Constitucionales intenten equilibrar la balanza, como sucedió en Colombia con la sentencia C-776 de 2003 de la Corte Constitucional que exige considerar el impacto del IVA en el acceso a productos de primera necesidad por el sobrecosto que conlleva. Los juristas dicen que dicho tratamiento podría ayudar a hacer del IVA un impuesto progresivo, estudios económicos al respecto son deseables.

La recomendación de organismos como la OCDE para que los países en desarrollo, en particular los latinoamericanos, incrementen el recaudo a través del IR tiene sentido si, al mismo tiempo: 1) se intenta obtener un mayor equilibrio de las cargas del contribuyente considerando el recaudo que se alcanza mediante los diferentes tributos, incluidos los impuestos indirectos, impuestos locales y otras contribuciones, 2) se considera el impacto de impuestos indirectos en las clases con menor capacidad contributiva y, más importante aún, 3) se logra una verdadera articulación con el gasto público, habida cuenta de los diferentes ingresos (tributos y otros ingresos del Estado) y el fin de los tributos (el bien común).

En la práctica, en países en desarrollo esa articulación con el bien común no está garantizada, o bien lograda. El destino de los recursos y el establecimiento de las prioridades no siempre son claros. Más aún, el crecimiento económico no necesariamente se refleja en el bien-

estar de su población. La vinculación de crecimiento económico con el nivel de tributación parece ser una falacia cuando al final no se sabe o no se ve en qué se gastan los recursos. Además de ello, los recursos se pierden como consecuencia de los altos niveles de corrupción y bajos estándares de rendición de cuentas y responsabilidad. Estas circunstancias incrementan la desigualdad, afectan el nivel de bienestar y propician una pobre realización de los DH, generando a su vez grandes diferencias en los beneficios y oportunidades de que gozan los ciudadanos. Si se compara el ciudadano medio de los países con modelos de Estado bienestar —e.g. los centro-europeos— con los de otros modelos —e.g. varios de los latinoamericanos, las diferencias son abismales. Y ni qué decir en relación con los menos favorecidos. Una igualdad real entre ciudadanos del mundo es, en este sentido, una utopía.

La igualdad que actualmente predomina en la mayoría de países en desarrollo es la igualdad por lo bajo, esto es, la marcada por la ampliación tanto de la pobreza, como de la brecha entre clases alta y baja, con una disminución progresiva de la clase media. Hacen falta más y mejores mecanismos nacionales e internacionales para que los derechos no se conviertan en quimera y se garantice la realización de la justicia social, y con ella la satisfacción de los derechos fundamentales individuales. A tal efecto, el buen uso de los recursos es decisivo. El papel del Derecho tributario en el recaudo de recursos es importante, pero no por incrementarlo se va a mejorar el nivel de bienestar, o el estado de los DH. Este es un sofisma de nuestro tiempo.

Diferencias de trato del ciudadano de a pie en países con diferentes tradiciones jurídicas

Una aproximación universal a los DH desde la perspectiva de los derechos de los contribuyentes en sistemas de Derecho civil y de Derecho común sería impensable un siglo atrás. Actualmente, en el Derecho tributario de los países continentales europeos se suelen considerar las implicaciones del reconocimiento constitucional de la igualdad de los ciudadanos ante la ley. La Constitución irradia todo el derecho, incluido el tributario. En muchas ocasiones cuando no se han constitucionalizado los principios tributarios la elaboración puede venir

por remisión a los derechos. Más aún, puede darse una revisión de constitucionalidad donde existe dicho mecanismo.

En países de Derecho común la situación puede ser diferente. Por ejemplo, en el Reino Unido ni existe un principio de igualdad en materia tributaria, ni Constitución que consagre la igualdad ante la ley. Hasta hace poco no había revisión constitucional, tampoco Corte constitucional. En su lugar rige la soberanía parlamentaria. Un sistema de esta naturaleza sorprende y llama la atención considerando que el impuesto sobre la renta del Reino Unido es de los más antiguos en el mundo y que el nivel de bienestar de sus habitantes es alto. En esta investigación no se analiza si esto se deba a una mayor obediencia de los contribuyentes o al rol histórico del Reino en la oferta de paraísos fiscales tanto con la ciudad de Londres como con varios de sus territorios de ultramar e incluso algunas de las ex-colonias.

Lo dicho anteriormente refleja una situación interesante en un ámbito en el que el balance de los derechos y deberes del contribuyente, el poder del Estado y, las amplias facultades de las administraciones de impuestos para exigir el deber de contribuir, sigue en construcción. El desarrollo de estándares comunes no es fácil y la universalidad de los DH ha tenido un impacto pero no tan grande como podría tenerlo. Si bien es cierto que existen algunos principios con bastante aceptación, como por ejemplo el principio de capacidad contributiva, la implementación del principio varía de país a país y según el tipo de impuesto. Por ejemplo, lo dicho sobre las exenciones del IVA sobre productos de primera necesidad es algo fundamental para garantizar la igualdad de acceso a estos por sectores de población desfavorecidos en países en los que las diferencias sociales son grandes, pero el IVA mismo les dificultará para acceder a otros. Desde esta perspectiva, la ausencia de un sistema de exenciones perfectas, con derecho a descuento del IVA en todos los niveles de las cadenas de producción y a nivel de los consumidores, termina de dificultar la tarea. Este problema es común a todos los sistemas de tributación indirecta, incluyendo el conocido efecto cascada y la paradoja del IVA, protagonistas del sistema de IVA europeo.

En materia del impuesto a la renta el tratamiento de los sujetos del impuesto varía. No hay una concepción universal del tratamiento impositivo de personas naturales, o de las familias, no existe un

estándar universal para el reconocimiento de gastos deducibles por parte de personas naturales o de personas con dependientes a cargo. Mientras que en algunos países pueden deducirse gastos relacionados con la maternidad, o de salud visual como la compra de lentes y lentes o las membresías a asociaciones personales, cursos de desarrollo personal y profesional, etc., en muchos países esto es impensable. El desarrollo de unos estándares mínimos para la garantía de los DH es deseable desde esta perspectiva.

Aspectos que hoy en día forman parte del ABC del Derecho tributario en sistemas democráticos, en los que podría decirse que existe un estándar, incluyen la necesidad de creación de los impuestos mediante ley y la irretroactividad de los nuevos impuestos. Para llegar a ello fue necesario que rodaran algunas cabezas y se gestaran revoluciones como el Boston tea party, anteriores todas a la DUDH. Históricamente, la cuestión impositiva motivó revoluciones que terminaron en la independencia de varias colonias. Actualmente, la fuerza de los contribuyentes es más limitada, e incluso puede ser manipulada. Los derechos de los contribuyentes se vislumbran solo tímidamente en el escenario internacional de DH.

Diferencias de trato del ciudadano medio respecto de los más fuertes económicamente

Los escándalos tributarios destapados en los últimos años con respecto al uso de mecanismos de planeación tributaria internacional por parte de los contribuyentes, así como de la oferta de los Estados de regímenes que olvidan la generalidad de la ley tributaria para conceder tratamientos específicos a empresas o contribuyentes mediante los llamados *rulings* —acuerdos entre el fisco y un contribuyente— ha generado malestar tanto a nivel de los contribuyentes como de muchos Estados. Las investigaciones por ayudas de Estado abiertas por la Comisión Europea contra Irlanda, Reino Unido y Luxemburgo en los casos de Apple, Google y Amazon —debido a la concesión por *rulings* de regímenes tributarios sustancialmente más benéficos que los concedidos a los demás contribuyentes— dejan al descubierto el enfrentamiento de medidas establecidas para atraer inversión extranjera con la supuesta generalidad de la ley y la igualdad de trato.

Los casos mencionados son de una evidencia rampante en relación con la diferencia de trato. Las soluciones están en dos campos de acción, uno es el relacionado con los Estados y otro es el directamente aplicable a los contribuyentes. En el primero, la situación se analiza en la Unión Europea bajo la perspectiva de ayudas de Estado, por el trato selectivo a un contribuyente. Esta misma situación se repite en muchos países en diferencias de trato entre los residentes y quienes se benefician de incentivos tributarios, particularmente de inversión extranjera, pero la solución de ayudas de Estado es un tema netamente europeo. La preocupación actual y legal es por la infracción potencial de las prohibiciones de subsidios bajo las reglas de la OMC. A nivel interno la preocupación suele ser el mantener un flujo de inversiones que permitan a su vez generar empleo y otras externalidades para la sociedad. Desde estas dos perspectivas, la problemática muestra las dificultades para reconciliar la política económica con la igualdad entre inversionistas nacionales y extranjeros.

Ante la variada y atractiva oferta de productos tributarios, la planeación tributaria ha estado a la orden del día por décadas. Las posibilidades de disminuir el costo tributario, de eludirlo o de evitarlo dieron lugar a toda una serie de conductas, algunas reprochables moral y/o jurídicamente, no siempre recogidas por la ley. La respuesta a los abusos por parte de los contribuyentes tardó un tanto en llegar. La reacción más inesperada vino con la Convención Multilateral para aplicar las medidas relacionadas con los tratados fiscales para prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios, (MLI por sus siglas en inglés), surgida de la acción 15 en el marco del plan de acción BEPS. La MLI fue adoptada el 24 de noviembre de 2016 y suscrita por altos dignatarios gubernamentales de más de 70 países el 7 de junio de 2017 (cifra que habría ascendido a casi 80 jurisdicciones según informe de la OCDE del 24 de enero de 2018).

Hace apenas 15 años era impensable llegar a acuerdos multilaterales que permitieran combatir frontalmente las prácticas elusivas, como el traslado artificial de beneficios, o que la afrenta a los delitos de evasión fiscal llegara al nivel que ha cobrado en los últimos años. Las disposiciones anti abuso eran más limitadas, tanto a nivel interno como en los Convenios para Evitar la Doble Imposición (CDI). Las limitaciones eran tales que el uso de las disposiciones internas no siempre era posible para atacar las conductas (que varían en denomi-

nación y características, como el abuso, fraude, elusión, etc.). A eso se sumaba una pobre colaboración internacional entre administraciones tributarias. Hoy en día eso es historia y la pregunta es ¿cómo garantizar los DC en un escenario en el que oficialmente no se quiere hablar mucho de ellos?

La situación descrita alcanzó su cenit en la crisis financiera de los últimos años, que hizo más evidente la necesidad de fortalecer las arcas del Estado. El interés vino de la mano de las economías más desarrolladas y en particular de los miembros de la OCDE y el G-20. Estas economías dependen en buena medida de los impuestos, a diferencia de muchos países en desarrollo donde la explotación de recursos naturales, en particular los no renovables, juega un rol central. En la Cumbre del G-20 de 2009 se acordó tomar acciones contra las jurisdicciones no cooperativas, incluidos los paraísos fiscales, la disposición para desplegar sanciones para proteger sus finanzas públicas y los sistemas financieros.

Como consecuencia de estas reuniones, el foro OCDE encargado de evaluar los riesgos derivados del incumplimiento tributario derivado de paraísos fiscales se transformó en el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información para Fines Tributarios. Los estándares cambiaron. Se anunció entonces que la era del secreto bancario había terminado y se reconoció un estándar internacional para el intercambio automático de información financiera y tributaria. Esto tomó por sorpresa a los contribuyentes que por siglos estaban acostumbrados a resguardarse en el secreto bancario y en ocasiones en el derecho a la intimidad para dejar su deber de contribuir insatisfecho, total o parcialmente. Las dificultades para obtener información y colaboración de las autoridades de otros países generaban además un clima propicio para el abuso en la planeación tributaria. En este escenario no sorprende tanto que el tema de los derechos fundamentales tenga tan poco eco en muchos países y que los recursos que se destinen a las Defensorías de contribuyentes sean mínimos, o sus posibilidades de actuación judicial también escasas.

Un derecho que estaba marcado por resolver sus problemas vía convenios bilaterales para evitar la doble imposición progresivamente pasó a soluciones que eran más propias de otros ámbitos del Derecho internacional. La adopción de medidas colectivas, mayor cooperación

entre autoridades tributarias, el intercambio automático de información y el multilateralismo son ahora el estándar para el cobro de las obligaciones tributarias, sin que exista un desarrollo multilateral igual para la garantía de los derechos involucrados, en particular el debido proceso y la información en los múltiples aspectos relacionados con los nuevos estándares y facultades de los Estados.

Además de los aspectos procesales y derechos involucrados, los avances indicados no han permitido mayores acuerdos en relación con problemas de la sobreimposición. Esto es una constante en la carga tributaria de los contribuyentes que desarrollan actividades transfronterizas. La problemática puede terminar en doble o múltiple imposición del contribuyente. La inexistencia de un derecho fundamental a un nivel de imposición justo en el nivel internacional (sin doble o múltiple imposición) se ha solucionado con medidas internas que alivian la doble imposición y mediante CDI, pero ninguno de los dos garantiza que se logre el objetivo.

Una mayor coordinación internacional en relación con la medida de la carga tributaria es una utopía. Esto ha sido difícil incluso en ámbitos regionales como la Unión Europea, en la que las competencias sobre la imposición directa recaen en los miembros y no en la Unión. Varias dificultades se han sorteado por la vía jurisprudencial y su impacto en las normativas de los Estados miembros a efecto de garantizar las libertades fundamentales consagradas por el Tratado Constitutivo de la Unión Europea, esto es libre circulación de personas, bienes, capitales y libertad de establecimiento. El rol de los DH en este aspecto ha sido limitado.

La situación para el ciudadano medio en países en desarrollo en ocasiones es incomprensible. El ciudadano medio es un objetivo fácil del sistema impositivo, es una presa de los impuestos. La sencillez con que puede efectuarse el cobro de las obligaciones tributarias los hace más vulnerables. Basta con imponer obligaciones de retención a los empleadores. Mientras que para las empresas y contribuyentes con capacidad contributiva alta resulta fácil obtener reducciones de la carga tributaria o bien por la vía del lobbying, o mediante sofisticados mecanismos de planeación valiéndose de la oferta internacional, selectos abogados y otros profesionales, para el ciudadano medio esto no solo resulta complicado sino fuera de su alcance económico. Si a

eso se le suma la desconexión del recaudo con los beneficios a los que debería acceder como parte de sus derechos económicos, sociales y culturales, la desesperanza puede ser total.

Los derechos del contribuyente en el procedimiento de cobro

Las CDC han descubierto una problemática en la relación entre las administraciones de impuestos y los contribuyentes. Esta relación gira en torno a la medida de la carga tributaria según se liquida por la Administración, y el procedimiento de cobro que adelanta el fisco mismo. Aunque en la doctrina tributaria se critica que las disposiciones son tan generales que no se refieren a derechos, como cuando las listas incluyen el trato respetuoso debido de las autoridades, el hecho de llevar esto a una CDC evidencia el nivel de tensión al que puede llegarse.

Diferentes aspectos relacionados con el cobro han sido cuestionados desde la perspectiva de los DC y los DH. Los temas más comunes tienen que ver con la garantía del debido proceso, la intimidación, el derecho a ser escuchado, a no auto incriminarse, a la propiedad (y especialmente la no confiscatoriedad). No obstante, el vínculo de los DC con los DH no se establece a primera vista y tampoco exento de controversia por las varias limitaciones que imponen los poderes del Estado. Sobre el particular existe una literatura extensa hoy en día y por tanto me limitaré a unas breves consideraciones.

Los DC suelen analizarse y ponderarse frente al deber de contribuir al que están afectas todas las personas. Estos deberes implican varias diferencias en la aproximación a los derechos desde la perspectiva tributaria en comparación con ámbitos más generales, por ejemplo el de DH. Uno de los casos más representativos es el derecho a la intimidad. En este sentido destaca la aproximación al tratamiento de la información económica del contribuyente en países nórdicos como Suecia o Finlandia. En estos es posible conocer la situación tributaria del vecino y del Jefe de Estado. Este sistema contrasta con la amplia protección al derecho a la intimidad tributaria que se garantiza en la gran mayoría de países.

Además de los derechos, están las instituciones y acciones específicas con las que puede contar el contribuyente. Por ejemplo, la tercera

parte de las 55 administraciones del estudio OCDE de 2017 cuentan con Defensores del Contribuyente. Estos defensores no dependen de las defensorías de derechos humanos, suelen estar adscritos a las administraciones tributarias o a los Ministerios de Hacienda. Más aún, sus facultades suelen ser para obrar ante la Administración, pero también hay casos en los que pueden actuar ante los jueces. El reto es dotar a los defensores de independencia y facultades para intervenir ante casos de infracciones de los derechos, ante las Administraciones y los jueces.

La garantía de los derechos ante la Administración se da a través de procedimientos claros sobre el actuar de los funcionarios en las circunstancias concretas, pero no siempre hay procedimientos reglados. Las amplias facultades de que gozan los funcionarios y la falta de provisiones específicas hacen que las posibilidades de conflicto incrementen. La resolución de estos conflictos puede ser compleja, en particular cuando el vínculo con los derechos fundamentales no es claro a primera vista. Por ejemplo, la forma como los funcionarios acopian información nacional e internacionalmente, en casos en los que un gobierno compra la información a un informante, o a través de espías, etc., puede dejar dudas sobre los DC. Otros casos se relacionan con la falta de reglamentación de las auditorías, con la posibilidad de que los derechos del contribuyente queden en el limbo.

En algunos países es posible solicitar una protección con acciones generales para la defensa de DH. Este es el caso de los países que prevén la acción de amparo (o tutela) en la que se protejan los derechos, no como derechos del contribuyente sino como DH. El número de sentencias en esta materia ante tribunales nacionales no es comparable con el de otras materias pero aunque es limitado va en aumento. Además de esto, existen sentencias tanto de la Corte Europea e Interamericana de DH. Las limitaciones suelen ser sustanciales. En este sentido, la exclusión de los procedimientos tributarios del derecho al debido proceso considerando que aquellos forman parte del núcleo de las prerrogativas de las autoridades públicas y la prevalencia de la naturaleza pública de la relación entre el contribuyente y la comunidad (Guía del artículo 6 de la Convención Europea de DH).

Es común escuchar que si todos contribuimos todos nos beneficiamos. Esto termina en un discurso ambivalente porque un recaudo

mayor o más eficiente no mejora ipso facto la situación del bien común. En los Emiratos Árabes Unidos el impuesto sobre la renta solo se paga por los bancos extranjeros y las compañías petroleras y el IVA tiene una tarifa de solo el 5%, pero ello no implica de modo alguno que no se garantice el bien común, incluido el desarrollo individual. En este sentido el Derecho tributario no es fin en sí mismo sino una herramienta más en la organización de las finanzas públicas.

Una articulación más directa con la realización de los DH sería positiva. Más que una vinculación teórica, la pregunta fundamental es, ¿cómo lograr esa articulación? El nivel de garantía de los DH es un buen indicador del logro del bien común, y del de cada persona. En este sentido, una vinculación más directa con el impacto de los delitos contra el erario y una mayor exigencia con respecto a la responsabilidad económica de los sujetos activos de tales delitos podría ser parte de esa articulación. El mero cumplimiento de las condenas en cárcel es insuficiente cuando las manos criminales prefieren un período en pánoptico tras el cual pueden aprovecharse de los recursos escondidos en paraísos fiscales, jurisdicciones de baja tributación y con acuerdos de intercambio de información ineficaces, o en manos de testaferros, u ocultos de cualquier otra manera. Para incrementar la desilusión, no son pocos los casos en los que los fiscos se desgastan y hasta ensañan con los ciudadanos de a pie (el ciudadano medio), en lugar de concentrar sus esfuerzos en los casos verdaderamente relevantes.

Con ocasión de todos los escándalos por el uso de paraísos fiscales y jurisdicciones de baja tributación, las Organizaciones No Gubernamentales (ONG) vienen ejerciendo mayor presión para que las empresas transnacionales paguen sus impuestos, o para que paguen mayores impuestos a los que eligen. El factor reputacional ha motivado pagos inmediatos de impuestos, con independencia de que fueran debidos o no, como sucedió con Starbucks hace un par de años. Mientras Starbucks era presa fácil del boicot de los consumidores y de un problema reputacional, en el caso de Google y Apple eso era más difícil.

Pero si bien es cierto que el problema reputacional tiene ventajas para los gobiernos por la presión que ejerce sobre el contribuyente, no necesariamente es el mecanismo ideal para el cumplimiento de obligaciones tributarias. La manipulación de la opinión pública también puede ser un problema si se considera que la medida de la carga

tributaria no está determinada solo por el nivel de ingresos sino que es preciso considerar toda la situación del contribuyente, sus gastos, sus pérdidas, etc. Esa información normalmente no es pública no está al alcance de las ONG.

Una mayor presión sería necesaria para que el recaudo de impuestos no se pierda y, especialmente, para que llegue al fin último del bienestar y de la garantía de los derechos fundamentales de todos. Así mismo para que la obligación de asegurar, como mínimo, la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos con los recursos disponibles no quede confinada a lo que quede de la corrupción u otros delitos que atentan contra el erario. En otras palabras, es preciso asegurar que el recaudo de impuestos redunde en beneficio del bien común, que cumpla su función redistributiva, incrementando los niveles de protección de DH y asegurando, entre otros, el derecho al desarrollo de que trata la declaración de Naciones Unidas (1986) y, a su vez la financiación para el desarrollo de las naciones (Addis Ababa 2015).

Según los estándares vigentes de los derechos económicos, sociales y culturales, esa garantía se da según el nivel posible económicamente, que desafortunadamente es bajo cuando los recursos se pierden en manos criminales, incluida la corrupción. Desde esta perspectiva, un avance para los DH podría consistir en la imposición de obligaciones mínimas a los Estados en materia de corrupción y delitos contra la hacienda. Esto es urgente en aquellos países en los que la evasión no es un delito y en los que los involucrados en la pérdida de recursos públicos logran escapar de la configuración del tipo penal de fraude. Así mismo en aquellos países en los que delitos reservados para funcionarios públicos quedan cubiertos con el manto de la responsabilidad fiscal, particularmente cuando pueden deshacerse fácilmente mediante el pago de sumas irrisorias no actualizables (comparadas con el hueco fiscal que dejan sus acciones). Otro avance, además del incremento de los rubros relacionados con derechos económicos, sociales y culturales sería la implementación de mayores controles en la ejecución de esos presupuestos y en general del gasto público.

El establecimiento de mecanismos para asegurar la responsabilidad económica en los crímenes contra el erario debe ser una prioridad. El balance con los derechos fundamentales es sin embargo una

necesidad ante las dificultades que existen para balancear derechos y poderes. Hay diferencias culturales que ameritan una revisión a la luz de los DH considerando las diversas aproximaciones. Por ejemplo, en la Unión Europea la doble incriminación está prohibida —de suerte que no es posible sumar a la responsabilidad disciplinaria una responsabilidad penal—, mientras que en varios países latinoamericanos es la constante. En varios países Europeos, la pena por delitos contra la hacienda es conmutable con compensaciones económicas y multas sustanciales (e.g. Alemania), mientras que en la mayoría de las latinoamericanas no. Esto por supuesto no preocupa tanto cuando por cuenta de tenues medidas legislativas resulta mejor una baja condena penal y el pago de las multas irrisorias de la responsabilidad fiscal para el caso de los funcionarios, o el escape a las configuraciones de los delitos tratándose de los particulares.

Finalmente, al parecer una cuestión cultural propia de países en desarrollo y que merece una reconsideración, ahora en la perspectiva del contribuyente: la tendencia grave a imponer sanciones económicas que terminan en su ruina y en el cierre de sus negocios no es un tema ajeno a los DH, como observó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de José María Cantos contra la vencida para ese caso, Argentina (2002). La medida de las sanciones tributarias es una prioridad. Los excesos en esta materia están aún por documentar y afectan tanto al ciudadano de a pié como a la industria. Para ambos, las sanciones exorbitantes y el irrespeto de los derechos fundamentales es un tema que requiere atención.

A modo de conclusión: por cuenta de las prerrogativas del Estado, el desarrollo de los Derechos del contribuyente y de los DH en su relación con el derecho tributario ha quedado en una situación extraña. Es preciso un mayor esfuerzo de los contribuyentes, pero también de los Estados en la adopción de medidas apropiadas para frenar la pérdida de los recursos y para garantizar los DH, no solo los relacionados con los procedimientos tributarios (y así el debido proceso), también los que reclama la justicia de la obligación sustancial y el fin mismo del Derecho tributario: un recaudo que sirva al bien común, el de la humanidad, por encima de las diferencias culturales.

Multiculturalismo e Universalidade dos Direitos Humanos: Uniformização ou Harmonização?

Fabio Ramazzini Bechara¹

Introdução

O objetivo do artigo, em comemoração aos 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, é reforçar o diálogo entre o ideal universalista com o multiculturalismo que caracteriza a realidade contemporânea, em que os direitos humanos representam o padrão ético a definir o espaço de consenso e simetria, respeitadas as diferenças. São décadas de conquistas e desafios, que contrastam com atrocidades, mas que pautaram e ainda continuam pautando a agenda internacional, como um processo sempre inacabado.

Universalismo e multiculturalismo: aparente dicotomia

O conceito de direitos humanos possui três importantes características gerais:

1. It identifies a logical template of questions to be addressed; 2. It provides for an intensive review by the courts as to the way in which those questions are to be asked and answered; 3. It involves placing upon the public authority an important onus, of satisfying itself and the Court that there are proper answers (Fordham; De la Mare, 2001: 27).

A humanidade constitui o fundamento ontológico da moral e do direito, os quais se qualificam como poderes que ordenam a vontade

¹ Professor da Graduação e da Pós-graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo. Investigador do Instituto de Relações Internacionais da mesma Universidade. Global Fellow no Woodrow Wilson Center de Washington, DC. Promotor de Justiça em São Paulo.

e os atos humanos, e delimitam o espaço em que o homem se realiza em si mesmo (Kaufmann, 2000: 51)².

Tal realização do homem faz-se na comunidade e com a comunidade, estando associada ao progresso do mundo e à relação com os demais seres humanos (idem: 56), exigindo, para tanto, uma postura ética (Lafer, 2006: 184-185), independentemente da diversidade religiosa, política, social.

Eis o caráter universal dos direitos humanos, que segundo Mireille Delmas-Marty representa algo que transcende as definições jurídicas, tendo em vista a diversidade cultural própria de todos os sistemas, cujas proibições estabelecidas pelas regras de direito exigem um fundamento de legitimidade consistente na adesão de toda a sociedade a valores universais, metaéticos, que representam o fundo comum de valores chamado de humanidade (Delmas-Marty, 2004: 67-71).

Este fundo de valores comuns compreende a dignidade do homem, as liberdades, a ordem do bem-estar, o nível de vida, o nível de benefícios, o acesso aos benefícios, na expressão da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (Largeault, 2004:100)³.

O reconhecimento do caráter universal dos direitos humanos é bastante discutido e questionado. Isso porque o ser humano e as sociedades se particularizam por razões de ordem política, religiosa, econômica, social, o que se denomina multiculturalismo. O multiculturalismo é colocado como a grande barreira à aceitação dos direitos humanos como valor universal.

O multiculturalismo pauta-se pelo reconhecimento da individualidade de “cada cultura e cada história, por seus próprios valores e concepções”, acentuando uma tendência relativista (Delmas-Marty, 2004: 334) frente ao universalismo. No entanto, os intentos de assimilação e integração devem ser realizados a partir da aceitação de comunidades pluriculturais (Fetscher, 1999: 157-158).

² Segundo o autor, o critério decisivo da personalidade é a autodeterminação e o auto-aperfeiçoamento. Ser pessoa implica possuir a capacidade para uma consciência espiritual própria e a correspondente disposição própria; é estar na posse de si mesmo (p. 53).

³ E na ideia de uma ofensa aos direitos humanos há ao mesmo tempo a ideia de ofensa ao bem estar (a pobreza crônica, a fome, a miséria).

Para superação dessa aparente dicotomia, parte-se da premissa de que o ideal universalista dos direitos humanos não implica a unificação de todos os sistemas, mas a harmonização. A harmonização não acarreta a revogação das diferenças, na medida em que a base de formação da qual se originam os direitos humanos é de natureza plural, e marcada pela diversidade étnica, política, social, econômica e religiosa e, principalmente, jurídica.

O que significa dizer que o multiculturalismo integra o processo de formação, desenvolvimento e consolidação dos direitos humanos. O ideal universalista dos direitos humanos não é a negação do multiculturalismo, mas provavelmente o caminho para que a diversidade seja preservada. O reconhecimento e a não negação do caráter multicultural da sociedade global conferem aos direitos humanos não a sua conformação ideal, mas a sua conformação possível, a partir do esforço de identificação dos valores comuns à humanidade.

Com efeito, não existe um ser humano hipotético e abstrato, mas sim, um ser humano que está sempre inserido numa concreta realidade histórico-social (Cassese, 2005: 70), que torna impensável a sustentação de que o ideal universalista dos direitos humanos pode ser construído em descompasso com o multiculturalismo. Tal relação de complementaridade entre o universalismo e o multiculturalismo conduz a um universalismo minimalista, que acarreta o reconhecimento de um núcleo restrito de valores universalmente aceitos, que segundo Antonio Cassese, é composto pelos seguintes direitos: vida, segurança, trabalho, moradia decente, alimentação, saúde, direitos políticos e civis, como a liberdade de manifestação do pensamento, de associação, de participação política (2005: 72).

Para Mireille Delmas-Marty,

“falar de valores comuns da humanidade pode parecer provocador ou ingênuo. Provocador em face do relativismo que permanece profundamente inscrito nos sistemas de direito. O direito é identificado ao Estado, e cada sistema penal define e hierarquiza seus valores, exprimindo assim a identidade cultural da nação. Além disso, o direito internacional clássico repousa no princípio de igualdade entre todos os Estados, qualquer que seja o sistema de valores escolhido” (Delmas-Marty, 2004:61-62).

Contudo, acentua que “a busca de valores comuns é a única resposta realista, pois é a única que permite escapar à vingança em ca-

deia e de fundar uma paz durável. Essa busca passa por uma internacionalização do direito e da justiça penal” (idem).

A necessidade de preservação do gênero humano coincide com a busca pela paz. Não depende do lugar no qual o povo se instala, mas sim de uma postura ética na atuação dos homens, capaz de assegurar a diversidade e a pluralidade (Lafer, 2006: 185).

Internacionalização dos direitos humanos: harmonização ou uniformização?

O reconhecimento dos direitos humanos como *standard* universal no sentido normativo está associado à forma como interagem o sistema internacional e o sistema nacional. Essa interação desenvolve-se no contexto de uma ordem jurídica pluralista e segundo dois processos distintos: a unificação e a harmonização (Delmas-Marty, 2005: 30-31).

A unificação significa a substituição de um corpo de normas por outro, em que se verifica uma modificação estrutural ou orgânica. Tem-se um processo autoritário, verticalizado, de imposição de um novo modelo a partir da fusão e sem a preservação da diversidade que caracteriza cada sistema (Delmas-Marty, 2005: 36).

Já a harmonização pressupõe a incorporação das normas internacionais ao direito interno, a fim de garantir-lhes a aplicabilidade, de modo a se estabelecer uma relação de equivalência entre a primeira e a segunda (Machado, 2004: 211) e sem que ocorra a supressão das diferenças (Delmas-Marty, 2005: 36). A harmonização consiste no processo de determinação do relacionamento entre diversos elementos a partir de um padrão pré-fixado, evitando ou mesmo eliminando conflitos.

Enquanto o processo de unificação conduz à adoção de um modelo único e idêntico, o processo de harmonização conduz à adoção de um modelo semelhante, em que a relação de equivalência exigida se manifesta com o reconhecimento dos mesmos valores ou dos mesmos parâmetros (Lima, 2007: 40).

A rigidez observada no processo de unificação é contraposta por uma maior flexibilidade que caracteriza o processo de harmonização.

Por estas razões, é que o processo de harmonização goza de um potencial de aplicabilidade muito maior que o processo de unificação⁴.

Nesse sentido, os direitos humanos qualificam-se como *standard* normativo universal, incorporados pelos sistemas jurídicos nacionais segundo o processo de harmonização e não de unificação, não acarretando a incorporação de regras ou procedimentos, mas de um modelo ideal ou desejado no sentido axiológico, ou seja, de valores (Larenz, 1997: 661), que devem ser preservados, independentemente das tradições jurídicas de cada Estado (Rubio, 2003: 367).

A posição dos direitos humanos como valor universal é uma decorrência do seu processo de internacionalização, que sucedeu à positivação, à generalização e à especificação⁵, tendo como referencial histórico a 2ª Guerra Mundial, em que as atrocidades cometidas contra o ser humano geraram a necessidade de uma resposta por parte da comunidade internacional, inicialmente através da Declaração Universal de 1948.

A resposta a esta situação deu-se com o reconhecimento do ser humano como sujeito de direitos no plano internacional, mas principalmente por meio da mobilização dos Estados, com a criação da Organização das Nações Unidas, com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e de outros inúmeros documentos internacionais que a sucederam. Por exemplo, a Convenção Européia de Direitos Humanos de 1950, a Convenção Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de 1966, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969.

⁴ Um dos aspectos a ser destacado, é o fato de que o esforço de negociação entre os Estados no processo de harmonização é mais fluído e encontra menos resistência que o processo de unificação.

⁵ O processo de evolução dos direitos humanos compreende quatro fases: positivação, generalização, internacionalização e especialização. A positivação caracterizou-se pela desconcentração do poder e o reconhecimento das liberdades civis, políticas e econômicas. A generalização compreendeu a tutela jurídica do ser humano. A especificação compreendeu a passagem do tratamento do ser humano do plano abstrato para o situacional. E a internacionalização compreendeu o processo de positivação no plano internacional.

Nesse sentido, o movimento de internacionalização dos direitos humanos qualifica-se como um processo de harmonização e não de unificação normativa. Isso porque a definição dos direitos humanos como valor universal teve por objetivo influenciar os sistemas nacionais à incorporação de determinados valores como padrão ou modelo, cuja equivalência entre o direito interno e o direito internacional independe do aspecto plural que caracteriza a sociedade mundial (Ferrajoli, 2004: 128-129).

O processo de internacionalização dos direitos humanos, segundo Gregório Peces-Barba Martinez, produz-se através de diversas dimensões complementares. A primeira supõe a utilização de formas técnico-jurídicas do Direito Internacional clássico pelos Estados, sem ruptura da soberania estatal e como cooperação interestatal. A segunda parte da tomada de consciência quanto à insuficiência da proteção estatal, que sempre pode encontrar seu limite na razão do Estado, o que põe em questão o princípio da soberania, converte a pessoa individual em sujeito de Direito Internacional e propõe a existência de uma autoridade supranacional, que se impõe à estatal. Uma terceira dimensão refere-se às transformações suportadas pelo Direito Internacional, a partir do processo de humanização, socialização e moralização que fez com que ao Direito Internacional se agregasse à função e à competência quanto ao desenvolvimento integral dos indivíduos e dos povos. A última dimensão se refere ao valor que induz todo esse processo que é a luta pela paz e o repúdio a todas as guerras (Martinez, 1999: 175-176).

O processo de internacionalização dos direitos humanos define a dignidade, o respeito e o desenvolvimento livre da personalidade como pilares da ordem política e da paz social. Para tanto, é indispensável o exercício da tolerância, que gera efetividade às liberdades e aos direitos da Constituição. A tolerância significa flexibilidade frente à rigidez, dinamismo frente à passividade, progresso frente ao conservadorismo, dialética frente ao dogmatismo. A tolerância aporta convencimento à ação e efetividade ao resultado. A estrutura organizacional do Estado, baseada em princípio de unidade, autonomia e solidariedade, tem a sua efetividade autêntica sobre a base da tolerância. A Constituição está preparada para o conflito, disposta a responder com eficácia às transformações, sendo suficientemente rígida

para ser molde de uma sociedade e suficientemente flexível para não solidificar seus elementos perfeccionistas (Ballel, 2002: 88-90).

É necessário, enfim, compreender que o movimento de internacionalização implica um esforço de positivação dos direitos humanos, de efetivo reconhecimento do seu caráter universal. A Carta de São Francisco, de 1945 (tratado internacional que criou a Organização das Nações Unidas), seguida da Declaração Universal de 1948, dos Pactos Internacionais de Direitos Cíveis e Políticos, de Direitos Econômicos, Culturais e Sociais, de 1966, constituem a Carta Internacional de Direitos Humanos (Ramos, 2005: 52).

A ampla e irrestrita adesão dos Estados aos tratados internacionais de direitos humanos, analisados enquanto esforço de mobilização, revela certo consentimento em respeitar os direitos humanos, consentimento este, que na opinião de Flavia Piovesan, é reforçado pela possibilidade de controle da comunidade internacional na hipótese de sua violação (Piovesan, 2007: 149-151), seja por meio das organizações internacionais ou mesmo por meio da jurisdição internacional.

Os instrumentos internacionais de direitos humanos são universalistas por excelência, na medida em que o ideal de proteção aos direitos fundamentais representa um esforço universal a ser incansavelmente perseguido (*idem*).

Celso Lafer, ao citar a concepção de um Direito Internacional Penal a partir de Nuremberg, parte do pressuposto de que existem certas exigências fundamentais de vida na sociedade internacional e estas exigências configuram-se como sendo as da ordem pública internacional (Lafer, 2006: 169), como, por exemplo, a repressão ao genocídio. Nenhum povo da terra pode sentir-se razoavelmente seguro de sua existência e, portanto, à vontade e em casa no mundo, na medida em que se admita o genocídio como probabilidade futura (*idem*, p. 182-183).

Por fim, os tratados internacionais de direitos humanos definem-se como um código de condutas, que expressa o padrão da civilização, que por sua vez compreende os direitos básicos para as pessoas, um governo bem organizado e com capacidade para assumir as relações internacionais, um sistema jurídico no estilo ocidental e a conformidade com o direito internacional. Em outras palavras, o padrão foi concebido para designar se um Estado está ou não suficientemente

estável para assumir compromissos segundo o direito internacional, e ao mesmo tempo, hábil para proteger adequadamente a vida, a liberdade e a propriedade (Goldsmith, 2005: 128-130).

Conclusão

Os 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos constituem uma trajetória de conquistas, que convive com os riscos do retrocesso e que desafia a capacidade de governança e resposta da comunidade internacional.

Los artículos 28 y 29 de la DUDH: desigualdad, deberes y enfoque estructural de los Derechos Humanos

Felipe Gómez Isa¹

Al momento de escribir estas líneas, se acaba de presentar en el Foro Económico Mundial el Informe Oxfam Davos España 2018. El informe subraya que, a pesar del notable crecimiento económico, los índices de desigualdad no dejan de aumentar, tanto dentro de los países como entre los propios países. Las palabras del autor del informe son muy ilustrativas: “pese a la robusta reactivación de la actividad económica, España batió en 2016... su marca histórica en cuanto a población en riesgo de pobreza, con más de diez millones de personas por debajo de la línea de pobreza” (Moisés Martín, 2018: 14).

Lo que pretendo hacer en este artículo es vincular los artículos 28 y 29 de la DUDH con la vertiginosa desigualdad que estamos padeciendo y ver cómo el denominado Enfoque Estructural de los Derechos Humanos puede ser un antídoto contra la ceguera que no contempla la desigualdad como un problema de derechos humanos básicos.

Los artículos 28 y 29 han sido denominados por René Cassin como “el frontispicio de la Declaración Universal” (Cassin, 1951: 278), denotando así la enorme importancia de la que gozan. Estas disposiciones vienen a precisar que “el pleno y libre desarrollo de la personalidad del individuo sólo es posible cuando forma parte de una comunidad y observa sus deberes hacia ella” (Eide, 1990: 19). Sin embargo, a pesar de este énfasis especial del profesor Cassin en relación a estos artículos, lo cierto es que se les ha prestado muy poca atención en el desarrollo posterior de las disposiciones de la Declaración; en cierta

¹ Profesor Titular en la Facultad de Derecho y en la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas, de la Universidad de Deusto. Es director del European Master in Human Rights and Democratization. Imparte las asignaturas Derecho Internacional Público y Protección internacional de los derechos humanos tanto en castellano como en inglés.

medida, se ha producido un cierto “olvido” de estas disposiciones, olvido que, a nuestro juicio, es un olvido plenamente consciente, ya que no se está dispuesto a aceptar todas las consecuencias que se derivarían de una aceptación plena y efectiva de estos artículos².

La primera de estas disposiciones es el artículo 28, un derecho humano que ha sido calificado como “excepcional” (Abellán Honrubia, 1997: 19), y que establece que “[t]oda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”.

En este artículo, como podemos comprobar, se proclama la importancia del orden social e internacional para la satisfacción de los derechos humanos. Es decir, los derechos humanos van a depender en muchas ocasiones del orden social que prevalezca en un determinado Estado, así como de la estructuración del orden internacional. Para muchos, este artículo 28 es el germen de lo que en los años setenta se denominó el *Enfoque Estructural de los Derechos Humanos*³. Este Enfoque Estructural ponía el acento en la importancia que tiene tanto la estructura interna como la estructura internacional para el adecuado disfrute de los derechos humanos. Muchas veces son las estructuras políticas, sociales, económicas, culturales... a nivel interno y en la esfera internacional las que se esconden detrás de gravísimas violaciones de los derechos humanos. Y es que, como se encarga de recordar la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Mary Robinson, “[l]o que es inaceptable... es la falta de igualdad en el mundo, las evidentes e inaceptables desigualdades que niegan a la gente un nivel razonable de derechos humanos y que, muy a menudo, se convierten en violaciones de sus derechos” (1998:3).

² Es muy ilustrativo el que en los Pactos Internacionales de 1966 no se realice ninguna mención ni a los deberes del individuo hacia la comunidad ni al artículo 28, el artículo que relaciona el disfrute de los derechos humanos con el establecimiento de un determinado orden social e internacional.

³ Sobre el *Enfoque Estructural de los Derechos Humanos* y la importancia del orden interno e internacional para los derechos humanos ver Van Boven, T (1988): “Human Rights and Development. Rhetorics and Realities”, en *Festschrift für Felix Ermacora*, E. Verlag, Strasbourg, pp. 575-587.

En última instancia, el artículo 28 pretende subrayar, en opinión de Cassese, que los derechos humanos reconocidos en la Declaración Universal “sólo podrán llevarse a la práctica si se instaura una estructura social que permita el desarrollo de los países y si el contexto internacional general facilita el despegue económico de los países pobres o una mayor redistribución de la riqueza en los países desarrollados”⁴. Este derecho a un determinado orden social e internacional ha sido criticado por muchos autores, que lo han calificado como una disposición utópica y carente de realismo. Como respuesta a estas críticas, el profesor Gros Espiell ha señalado que “[u]tópica o no, esta forma de considerar la cuestión es de capital importancia, no sólo teóricamente, sino incluso con un enfoque práctico, porque la utopía ha sido y es, en ciertas condiciones históricas, un motor insustituible del progreso y la evolución política, ideológica, económica, social y jurídica de la humanidad” (Gros Espiell, 1988: 349, 350).

Lo cierto es que la grave situación de subdesarrollo, miseria, enfermedad, degradación medioambiental que sufren tres cuartas partes de la humanidad supone uno de los ataques más graves y más flagrantes contra los derechos humanos fundamentales. Es por ello que, sobre la base de este artículo 28 de la Declaración Universal⁵, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó en 1986 el *derecho al desarrollo* como “derecho inalienable en virtud del cual todo ser humano

⁴ No en vano, este artículo 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se encuentra en la base del surgimiento de los derechos humanos de la tercera generación, en particular del derecho al desarrollo, ya que este derecho propugna la legitimidad de los individuos y de los pueblos para reivindicar un determinado grado de desarrollo económico, social, cultural... Ver al respecto Gomez Isa, F. (1999). *El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional*, Universidad de Deusto, Bilbao.

⁵ Como ha señalado al respecto Clarence J. Dias, “la Declaración Universal de Derechos Humanos proporciona tanto la lógica como la inspiración para el derecho al desarrollo... La Declaración sobre el derecho al desarrollo y ulteriores esfuerzos para realizar el derecho al desarrollo serían una forma gloriosa de afirmar los verdaderos valores universales de la Declaración Universal”, DIAS, C.J.: “From Self-Perpetuation of the Few to Survival with Dignity of the Many: the crucial importance of an Effective Right to Development”, en *The Universal Declaration of Human Rights: Its Significance in 1988*, Report of the Maastricht/Utrecht workshop held from 8 to 10 december 1988 on the occasion of the 40th anniversary of the Universal Declaration, Netherlands Institute of Human Rights, Utrecht, 1988, p. 24.

y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político, en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él”⁶.

El artículo 29, en su primer inciso, también es un artículo importante, fundamentalmente porque nos sitúa ante una óptica diferente a la tradicional a la hora de abordar los derechos humanos. Esta nueva óptica es la que hace referencia a los deberes que tiene toda persona hacia la comunidad en la que está inserta. En virtud de esta disposición, “[t]oda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”.

Esta disposición hay que analizarla juntamente con el artículo 1 de la Declaración que, como vimos en su momento, establece que todos los seres humanos “deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Como podemos comprobar, se sitúa al individuo no ya sólo ante derechos frente a los demás, sino también frente a determinadas obligaciones hacia el resto de la comunidad⁷. Se ha llegado a defender que entre los derechos y los deberes existe una relación de necesaria complementariedad, serían como dos caras de una misma moneda (Opshal, 1992). Y es que “es evidente que un orden jurídico que reconozca y garantice derechos del ser humano, sólo puede existir

⁶ *Declaración sobre el derecho al desarrollo*, resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986. Debemos tener en cuenta que en el tercer considerando del Preámbulo de esta Declaración sobre el derecho al desarrollo se realiza una mención expresa al artículo 28 de la Declaración Universal. En él, la Asamblea General de las Naciones Unidas considera que, “conforme a las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos, toda persona tiene derecho a un orden social e internacional en el que se puedan realizar plenamente los derechos y las libertades enunciados en esta Declaración”. Un estudio pormenorizado en torno al derecho al desarrollo y a su vínculo con este artículo 28 se encuentra en Gómez Isa, F. (1999). *El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional*, Universidad de Deusto, Bilbao.

⁷ Quizás el estudio más riguroso sobre los deberes de las personas hacia la comunidad es el realizado por la Relatora Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Erica-Irene A. Daes: *Los deberes de toda persona respecto de la comunidad y las limitaciones de los derechos y libertades humanos según el artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, E/CN.4/Sub.2/432/Rev.2.

si esos derechos se integran en un sistema que asegure la armonización de los derechos de todos. Los derechos de cada hombre no pueden ser, por naturaleza, ilimitados, ya que únicamente pueden ser tales si coexisten con y respetan a los derechos de los demás” (Gros Epiell, 1988: 321). En este sentido, es curioso comprobar cómo en Occidente se ha puesto el énfasis en los derechos individuales de las personas, olvidando prácticamente por completo la existencia de deberes correlativos, mientras que en otros ámbitos culturales, como pueden ser el africano o el latinoamericano, los deberes ocupan un lugar de relativa importancia. Este hecho explica que la Declaración Universal realice un reconocimiento de los deberes bastante discreto, “casi protocolario” (Blázquez, 1982: 111) según algunos, pasando a ocupar en el texto un lugar muy modesto. Para ver cuál era la opinión respecto de los deberes de las delegaciones occidentales que estaban redactando la Declaración Universal, puede resultarnos útil el referirnos a unas palabras de la representante norteamericana, Eleanor Roosevelt, en una de las primeras sesiones del grupo de trabajo del comité de redacción. En su cualificada opinión, “la tarea que se nos ha encomendado es la de proclamar los derechos y las libertades fundamentales del ser humano... no la de enumerar sus obligaciones”⁸.

Las razones que nos ayudan a explicar este rol tan modesto de los deberes del ser humano en la Declaración Universal de los Derechos Humanos son, en primer lugar, el individualismo liberal en el que se inspira, individualismo que pone el acento fundamentalmente en los derechos del individuo en detrimento de cualquier consideración sobre los deberes; en segundo lugar, el contexto en el que surge la propia Declaración, contexto marcado por los horrores cometidos contra los derechos humanos durante la Segunda Guerra Mundial. Estos horrores hicieron que, a la hora de elaborar la Declaración, el objetivo esencial fuese tratar de proclamar un catálogo lo más amplio posible de derechos humanos. Por último, otra razón venía motivada por los excesos que habían cometido los Estados fascistas, Estados

⁸ Estas palabras, al no existir actas oficiales de las primeras reuniones del grupo de trabajo, fueron recogidas por René Cassin en Cassin, R. (1968) “De la place faite aux devoirs de l’individu dans la Déclaration Universelle des Droits de l’Homme”, en *Problèmes des Droits de l’Homme et de l’unification européenne. Mélanges offerts à Polys Modinos*, Pedone, Paris, p. 481.

que habían puesto un énfasis especial en la promoción de los deberes del individuo hacia la comunidad. Todas estas razones, entre otras, llevaron a que se tratase de minimizar al máximo el papel de los deberes en el texto de la Declaración, como antídoto ante futuras tiranías y excesos por parte del poder⁹.

Ahora bien, finalmente hubo que dar entrada a los deberes en la Declaración Universal, aunque de una forma extremadamente tímida, como ya hemos señalado. Esta inclusión de los deberes de las personas hacia la comunidad supuso un “rechazo del individualismo del siglo XVIII dado que establece una conexión orgánica entre el individuo y, bien el Estado, bien la sociedad..., es decir, constituye un refinamiento de la filosofía clásica de los derechos naturales” (Morsink, 1984: 319). Como vemos, la Declaración inauguraba así una nueva concepción de los derechos humanos en la que, a diferencia de la doctrina clásica de los derechos humanos, el ser humano ya no era un ser absolutamente aislado sino que se consideraba como miembro de la sociedad.

Finalmente, en la primavera de 1948, ante las presiones de los países socialistas y de los países de América Latina, se acabó aceptando la inclusión de los deberes tal y como figuran en el artículo 29.1. Sin embargo, es curioso comprobar cómo en el Preámbulo de la Declaración Universal, auténtico pórtico ideológico de este instrumento, no se realiza ni una sola referencia a los deberes del ser humano tanto hacia la sociedad como hacia el resto de sus semejantes. En este sentido, el contraste es enorme con el Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que había sido aprobada meses antes, el 2 de mayo de 1948. El propio título de la Declaración ya es indicativo del papel que se quiere atribuir a los deberes, dado que toma el nombre de Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Desde el comienzo, el Preámbulo de la Declaración Americana lleva a cabo un reconocimiento muy amplio de los deberes del ser humano, dedicando la mayor parte de sus párrafos a dicho reconocimiento. Por la enorme importancia atribuida a los deberes en es-

⁹ Una reflexión muy sugerente sobre todas estas razones para explicar el tímido papel de los deberes en la Declaración se encuentra en Madiot, Y. (1998) *Considérations sur les droits et les devoirs de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, pp. 111 y ss.

ta Declaración, reproducimos aquí algunos de los pronunciamientos más explícitos del Preámbulo a este respecto. El párrafo 1° establece que “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros” (observamos aquí que, salvo la referencia a la naturaleza, esta disposición es idéntica al artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos). El párrafo 2° señala, por su parte, que “el cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre...”. A continuación se proclaman los deberes de “servir al espíritu” (párrafo 4°), “ejercer, mantener y estimular... la cultura” (párrafo 5°) o, finalmente, acatar siempre “la moral y buenas maneras” (párrafo 6°). Como vemos, los deberes juegan un papel primordial en este Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos Humanos, a diferencia de lo que ocurre con el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, muestra evidente de que no se les quería otorgar un papel tan relevante. Esta ha sido destacada como una de las principales diferencias entre la Declaración Universal y la Declaración Americana, así como el hecho de que en la Declaración Universal no se recoja una lista enumerativa de los deberes humanos, tal y como ocurre en la Declaración Americana.

Es significativo que este papel residual de los deberes en la Declaración Universal no se encuentre presente en otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Ya hemos mencionado la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, con un Preámbulo consagrado íntegramente al reconocimiento del nexo entre los derechos y los deberes y un capítulo II en el que se contiene una lista de los diferentes deberes a los que está obligado el ser humano, destacando entre ellos los deberes ante la sociedad, los deberes para con los hijos y los padres, el deber de instrucción, el deber de sufragio, el deber de servir a la comunidad y a la nación, el deber de pagar impuestos¹⁰. En el mismo ámbito americano, la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), en su capítulo V, dedica el

¹⁰ Los deberes reconocidos explícitamente en la Declaración Americana van del artículo 29 al artículo 38.

artículo 32.1 a disponer que “toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad”. Pero, sin duda, el texto en el que se realiza un reconocimiento más significativo de los deberes del individuo es la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981). Ha sido Etienne R-Mbaya quien se ha encargado de poner de manifiesto que “el acento puesto en los deberes se explica probablemente por la misma concepción del individuo en la sociedad africana y por la toma de conciencia del estado de subdesarrollo en el que se encuentran los países africanos” (Mbaya, 1989: 49). Fiel a esta concepción, ya en el mismo Preámbulo se considera que “el disfrute de los derechos y libertades conlleva el cumplimiento de los deberes de cada uno”. Asimismo, se dedica todo un capítulo, el capítulo II, al reconocimiento de los deberes. El artículo 27, el primero de los artículos que reconocen los deberes, señala en su inciso primero que “todo individuo tiene deberes respecto a la familia y la sociedad, el Estado, y las demás comunidades legalmente reconocidas y respecto a la comunidad internacional”. Sin embargo, el artículo más importante en este sentido es el artículo 29, disposición en la que se formula un auténtico catálogo de deberes humanos¹¹.

¹¹ Tal y como se señala en este artículo 29, el individuo tiene el deber de: (i) preservar el desarrollo armónico de la familia y trabajar por su cohesión y respeto; de respetar en todo momento a sus padres, y de alimentarlos y asistirlos en caso de necesidad; (ii) servir a su comunidad nacional poniendo al servicio de ésta sus capacidades físicas e intelectuales; (iii) no comprometer la seguridad del Estado del que sea nacional o residente; (iv) preservar y reforzar la solidaridad social y nacional, en particular cuando se vea amenazada; (v) preservar y reforzar la independencia nacional y la integridad territorial de la patria y, en general, de contribuir a la defensa de su país de conformidad con lo establecido por la ley; (vi) trabajar, en la medida de su capacidad y posibilidades, y de pagar los tributos que imponga la ley para la salvaguardia de los intereses fundamentales de la sociedad; (vii) velar, en sus relaciones con la sociedad, por la preservación y el reforzamiento de los valores culturales africanos positivos, en un espíritu de tolerancia, diálogo y concertación y, en general, de contribuir a la promoción de la salud moral de la sociedad; y (viii) contribuir, en la medida de sus capacidades, en todo momento y en todos los niveles, a la promoción y la realización de la unidad africana.

Conclusiones

Como acabamos de contemplar las semillas del enfoque de derechos humanos a la desigualdad ya estaba presente en 1948. Es al hilo de la reciente crisis económica global cuando se hace más urgente que nunca subrayar los vínculos entre los derechos humanos y la desigualdad, señalando los deberes que nos corresponden como ciudadanos de un mundo cada vez más global.

Direitos Humanos Universais e Despolitização

Fernanda Ferreira Pradal¹

A Declaração Universal de Direitos Humanos faz setenta anos. Ao longo dessas décadas, distintas abordagens no interior no campo de Estudos Críticos do Direito e da Teoria Crítica Contemporânea já questionaram o proclamado consenso universal em torno dos direitos humanos. Inclusive, apresentam propostas conceituais antagônicas ao universalismo ocidental, que não resiste mesmo a mais rápida problematização histórica de sua operação prática. As obras de Boaventura de Sousa Santos, Costas Douzinas, Joaquin Herrera Flores entre outros, são exemplos desses esforços críticos.

O discurso e a prática hegemônica dos direitos humanos são baseados na teoria liberal moderna do Direito natural, que, pelo menos desde a crítica de Marx em “A questão judaica”, vem sendo problematizada e criticada, frente à experiência concreta da maioria explorada e subjugada. Nas palavras de Boaventura de Sousa Santos, “a questão da universalidade é uma questão particular, uma questão específica do ocidente”, um “localismo globalizado” (Santos, 2006). Os direitos e obrigações referentes a esses direitos repousam na assunção da dignidade humana, da liberdade e da igualdade como inerentes a todos pela natureza humana. Assim, eles são os direitos do homem abstrato e, por esta via, são afirmados conceitualmente enquanto universais. Concepção esta que foi cristalizada pela Declaração francesa e repetida pela Declaração de Independência Americana e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Na prática, a igualdade econômica, social e cultural é negada através da exploração e os direitos civis e políticos negados ou limitados na medida da operação de formas variadas de dominação política.

¹ Doutora em Direito pela PUC-RIO e pela Université Paris Nanterre (França); Professora do Departamento de Direito da PUC-RIO. Pesquisadora do Núcleo de Direitos Humanos da PUC-RIO.

Historicamente, a concessão de direitos caminha de mãos dadas com a exclusão, mas, na era do pós-guerra, o discurso universal e institucional dos direitos humanos tem sido hegemônico no plano internacional. Organizações internacionais, os estados, a sociedade civil organizada e os movimentos sociais têm vindo a utilizar declarações e tratados sobre direitos humanos. A suposta contradição entre enunciado e prática também pode ser vista como parte constitutiva da política internacional do bloco de potências econômicas.

A proliferação da normatividade e das instâncias institucionais nos sistemas internacionais de proteção de direitos humanos está diante do problema da efetividade e da capacidade preventiva e transformadora destes mecanismos institucionais. Como a luta política ocorre em distintos âmbitos, a interpretação baseada na indivisibilidade conferida aos tratados internacionais a partir da Conferência de Viena de 1993, por exemplo, constituiu uma estratégia discursiva interpretativa e normativa-institucional importante. Assim como algumas linhas interpretativas desenvolvidas, em especial, pelos Comitês das Nações Unidas, como o Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, e pelos órgãos do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Estas estratégias institucionais, normativas e discursivas têm sido construídas para tentar neutralizar violações de direitos humanos face ao bloqueio exercido pelas forças política hegemônicas, em distintos âmbitos, como por exemplo em relação aos chamados direitos econômicos, sociais e culturais, às violações causadas por empresas, os direitos de minorias entre outros.

A crítica contundente de Costas Douzinas (2007) se deu no sentido de que os direitos humanos tornaram-se o telos em vez da ferramenta, na luta pela inclusão social. Douzinas sugere que o principal efeito contemporâneo dos direitos humanos é a *despolitização da própria política*, removendo do desafio político e da luta social as principais instituições do capitalismo (por exemplo, propriedade e relações contratuais) e naturalizando a ideologia liberal, os interesses privados e as preocupações individualistas e egoístas.

A diferenciação teórica entre as instâncias *da política e do político* presente em distintas análises no campo da Teoria Crítica Contemporânea pode nos auxiliar na compreensão do fenômeno da *despolitização* da política como efeito do discurso hegemônico dos direitos

humanos, em que as conquistas alcançadas estão constantemente na margem. A partir e em diálogo com a obra de autores como Chantal Mouffe, Claude Lefort, Alain Badiou, Ernesto Laclau e Jacques Rancière, entre outros, Costas Douzinas parte desta distinção entre instâncias *da política e do político* e aponta que a *despolitização* é um problema diretamente relacionado à política consensual, ao liberalismo e a ordem neoliberal.

A *política* é entendida como o campo “em que os interesses estabelecidos, as diferenças aceitas e os conhecimentos aprovados conferem reconhecimento formal às identidades consolidadas e sancionam distribuições e hierarquias existentes” (Douzinas 2007: 103). Isto é, as práticas da política convencional —vida política de rotina, atividade de debate e lobby, por exemplo (Mouffe, 2005). Por outro lado, o *político* constitui a forma como um vínculo social é instituído e diz respeito às fraturas profundas na sociedade (Mouffe, 2005), o terreno em que ocorrem rompimentos profundos e subversões, que persistem na história (Badiou, 2001 e 2005). Enquanto a *política* é sobre organização de práticas e instituições, o *político* fornece o contexto de conflito e antagonismo (Mouffe, 2005).

Nesta abordagem, o conflito é visto como inescapável e o fazer político propriamente dito (que tem expressão no terreno do *político*) como uma forma de ruptura da ordem social estabelecida por aqueles que não têm lugar nela, como afirma Douzinas, retornando a Marx. Assim, a dimensão do *político* chega à superfície social quando seus antagonismos inerentes são revelados e escondidos na política corriqueira (Douzinas 2007 e Lefort, 1988).

Este mecanismo também é o mecanismo do discurso dos direitos: “traz[em] à superfície a exclusão, a dominação e a exploração e as lutas inescapáveis que permeiam a vida social e política”, mas, ao mesmo tempo, “esconde[em] as raízes profundas do conflito e da dominação ao enquadrar a luta e a resistência nos termos dos remédios legais e individuais “que só podem levar a “melhorias individuais e rearranjos marginais do edifício social” (Douzinas, 2000: 109 e 110). O paradoxo dos direitos humanos reside no fato de que o discurso liberal dos direitos humanos, ao expor a exclusão e a opressão, ao invés de dar lugar ao antagonismo por meio da luta, produz conciliação.

Argumentando que os conflitos sociais não podem ser avaliados ou resolvidos por nenhuma lei ou tribunal de justiça, uma vez que pertencem ao nível do político, Douzinas afirma que o discurso liberal hegemônico contemporâneo sobre os direitos humanos atingiu seu potencial perigoso, resultando na consequente *despolitização* da política e na tecnicalização legal de conflito. Em contraste com o papel dos direitos na revolução francesa, quando o objetivo do discurso dos direitos era toda a subversão da lei para resistir e opor-se à opressão, hoje em dia, os direitos instituídos legalmente pertencem ao caráter consensual da política defendida pelos liberais. A principal questão nesta perspectiva é o vazio político e a consequência dominante do discurso e da prática dos direitos. Este discurso acomoda demandas, em vez de mudar a estrutura social da desigualdade, e despolitiza o conflito social, o que, em última instância, evita que as mudanças radicais se tornem realidade.

Ao propor “o fim dos direitos humanos”, Douzinas defende a ideia de que os direitos humanos se tornaram algo distante dos seus objetivos revolucionários e dissidentes iniciais. Ele argumenta que os direitos humanos se aproximaram do símbolo de uma “humanidade monolítica” e que, proclamando o fim da história ou a utopia —e, consequentemente, a obsolescência da distinção esquerda e direita— os pragmatistas liberais proclamam o fim dos direitos humanos em vez de seu triunfo. Isso ocorre porque os direitos humanos chegam ao fim quando “eles perdem seu propósito utópico” (Douzinas 2000: 380).

Por outro lado, em especial em movimentos sociais, exercem usos contra-hegemônicos (Santos, 2003; 2013), e a partir de lutas concretas e não da institucionalidade que reivindicam os direitos humanos. Usos que fazem política contestadora da ordem estabelecida, e que operacionalizam os direitos humanos enquanto ferramenta de diversas lutas contra regimes ditatoriais, lutas identitárias, contra a violência seletiva de estado, e de lutas de caráter também anticapitalista por exemplo.

No Brasil, a resistência à violência da ditadura militar instituída a partir de 1964, realizada por aqueles que sobreviveram e os familiares de mortos e desaparecidos, foi a pauta por meio da qual ocorreu a incorporação do novo discurso dos direitos humanos (Gómez, 2008).

E este segue sendo ferramenta dos movimentos de mães e familiares contra a violência de estado e o genocídio da juventude negra nas favelas e periferias urbanas. Para se compreender, por exemplo, os usos desta categoria enquanto ferramenta discursiva por esses movimentos, é fundamental perceber que os processos concretos de acertos de contas com a violência dos regimes ditatoriais no Cone Sul se desenvolvem a partir do apoio no discurso dos direitos humanos ascendente no plano internacional, de um lado e, de outro, que a padrão de violações de direitos humanos exercido por agentes do Estado segue sistemático, em novo regime político-institucional, em novo contexto e contra outros alvos.

Assim, é certo que, conforme aponta Gómez (2008), exercendo novo papel, em tensão com o princípio da soberania estatal, no pós-Segunda Guerra Mundial, o discurso e as práticas dos direitos humanos percorreram um longo, sinuoso e acidentado processo sócio-histórico, agora, de setenta anos. Como resultado, tem-se a configuração do regime jurídico-político internacional conformado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito Internacional Humanitário e, ultimamente, o Direito Penal Internacional, os quais operam por meio do sistema ONU e dos sistemas regionais interamericano, africano e europeu, com diferenças em termos de eficácia, limites e potencialidades.

No entanto, os atores políticos não estatais têm tido papel fundamental, em especial redes transnacionais de ativismo, movimentos sociais e algumas organizações não governamentais voltadas para a luta política (Donnelly, 2007; Santos, 2006; 2013), em fazer uso das ferramentas normativas e institucionais existentes, porém afirmando suas pautas contestadoras e transformadoras. Os sentidos atribuídos e os usos do discurso dos direitos humanos estão sempre em disputa no quadro das estratégias de dominação e resistências de uma diversidade heterogênea de atores e formas de lutas por hegemonia —o que revela, além de sua natureza eminentemente sócio-histórica e política, as questões incontornáveis da escala espacial das interações de poder e contrapoder nos níveis local, nacional, regional e global (Gómez, 2008; Herrera Flores, 2009).

O discurso dos direitos humanos por ser percebido assim, como um campo, um objeto de disputas eminentemente políticas e uma fer-

ramenta de luta, de acordo com as concepções e usos a eles atribuídos, mais do que conformador de uma nova e democrática ordem internacional pós-política ou a “última utopia”, de natureza exclusivamente moral e jurídica, em processo de auto-realização (Douzinas, 2000; Moyn, 2010). Muitas vezes, contra as forças políticas hegemônicas locais, regionais e globais, invocando também os direitos humanos, e conferindo a eles sentidos próprios, os movimentos sociais têm persistido em suas lutas históricas.

Do Multiculturalismo Liberal à Transmodernidade Emancipatória

Fernanda Lage Alves Dantas¹
José Ribas Vieira²

Eurocentrismo e a lógica centro periferia

O consenso universal alcançado em 1948 não significa uma relação equilibrada entre as muitas nações pactuantes. Ele guarda correlação com a assimetria cultural estabelecida desde a expansão espanhola e portuguesa ao Atlântico Sul. Foi uma opção imperial que se pautou em enfrentar as culturas “periféricas” na América Latina, África, Ásia e Europa Oriental a partir de um diálogo de dominação. A Declaração Universal dos Direitos Humanos nada mais é que reflexo dessa política global de exploração das culturas periféricas.

A universalidade tal qual a conhecemos caracteriza-se como um “fenômeno próprio e singular da história local europeia” (Castro-Gomez, 2017: 59). A colonização serviu para exportar igual modelo a outras culturas e apresentá-lo como a cultura imperial, do centro, dotada de pretensões não apenas de universalidade, mas de superioridade no contexto do sistema-mundo. Esse evidente “ocidentalismo” alocou as demais culturas como primitivas, pré-modernas e subdesenvolvidas (Dussel, 2005: 59).

Não é que não tenha havido evoluções. Inclusive, os avanços em torno do consenso universal se deram principalmente em função das atrocidades vividas pós-guerras, genocídios e bombas atômicas, por exemplo. Todavia, a estrutura deste Estado multicultural conforme

¹ Advogada; Mestre em Teorias Jurídicas Contemporâneas. Servidora pública federal do Ministério da Saúde/Instituto Nacional do Câncer (INCA).

² Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (Brasil). Pós-doutorado pela Université Montpellier I (França), Professor Associado da PUC/RIO (Brasil), Professor Titular da Universidade Federal do Rio de Janeiro; Presidente da Comissão Permanente de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros e investigador-coordenador do OJB-UFRJ (Brasil).

posta no presente é a manifestação da cultura ocidental e a restrição da sobrevivência de outras. É uma espécie de “fundamentalismo culturalista de tipo conservador” (Castro-Gomez, 2017: 48) no qual as identidades só podem ser vistas exclusivamente a partir de um padrão hierárquico de poder.

Isso quer dizer que o eurocentrismo é a relação singular entre o universal e o particular. Através da expansão colonial, a Europa pôs-se como encarnação de funções universais. Funções definidas inicialmente pelo cristianismo da expansão portuguesa e espanhola e mais tarde pelo racionalismo da expansão inglesa e francesa. Essa “invenção” do sistema colonial colocou por cerca de 300 anos o pendulo econômico-político em favor da Europa ocidental. Deste modo, temos a Declaração Universal do Direitos Humanos, uma espécie de revêrbero da lógica centro periferia.

O universalismo europeu deu-se baixo uma convicção de que sua cultura expressa princípios incondicionais, consoante o explicado acima, a partir da expansão imperialista dotada de “uma função” universal de civilização. A identidade europeia construiu-se por meio da encarnação de uma essência humana universal.

Contudo, há um problema nessa lógica, o eurocentrismo não significa universalidade concreta, e sim uma concepção universalista de ser, uma forma peculiar de se entender a relação entre o universal e o particular. Hoje, a hegemonia econômico-militar está no Estado norte-americano, mas a racionalidade centro periferia permanece.

O modelo de hierarquia de poderes subestima as demais culturas. É como se nelas não houvesse conhecimento real, apenas crenças, opiniões e magias envoltos numa espécie de experiência desperdiçada, já que a invisibilidade é uma de suas características marcantes. Em Boaventura de Sousa Santos (2007: 76), a divisão abissal entre este lado da linha (o lado dominante) e o outro lado da linha (o lado dominado) é tal que “o outro lado da linha desaparece como realidade, torna-se inexistente e é mesmo produzido como inexistente”. A partir de linhas invisíveis que estabelecem uma separação radical entre realidades sociais de universos distintos, Boaventura traça o pensamento abissal como sendo criador da negação de boa parte da humanidade, sacrificando-a, “para que a outra parte se afirme como universal”.

A hegemonia de poder atual dos EUA continua hierarquizante e produzindo separações entre o mundo humano e subumano. Esse fundamento de negação possibilita a banalização da destrutividade. Seguindo um alerta de Boaventura (2007: 79), pode-se afirmar que as legislações antiterrorismos promulgadas em muitos países após os atentados ocorridos em 11 de setembro de 2001 significam um esvaziamento não apenas da Declaração Universal do Direitos Humanos, como também de todo o complexo de pactos, valores, declarações e normas que sempre esteve apoiada numa matriz liberal de direitos humanos.

Universalidade concreta como enfrentamento entre culturas

De acordo com Castro-Gomez (2017: 51), a universalidade encontrada no modelo eurocentrista é uma universalidade “*incompleta*”. E apenas poderá ter parte como universalidade libertária quando “*aqueles que não tem parte*” mostrarem que “*são o ponto de negação*” da universalidade abstrata. Será efetiva somente e quando apropriada pelos excluídos por ela. Trata-se de uma proposta de lógica de apropriação da universalidade abstrata para torná-la concreta.

Entenda que tal apropriação não significa uma existência independente do sistema de relações de poder. Não basta deixar intacto o padrão de hierarquia das identidades culturais. É preciso que se afirme as particularidades, não apenas no sentido de uma comunidade particular, como a indígena ou a negra se reconhecer a si mesma, mas também que o sistema relacional de forças em que essa particularidade se inscreve seja reconhecido. A transformação do sistema de relações desigualitárias como um todo deve estar incluída na pauta da luta de transformações das “culturas subalternas”.

Dessa forma, a melhor maneira de combater o colonialismo não é retroseguir às particularidades culturais e negar a universalidade por julgá-la uma ferramenta a ser manejada somente pelo colonizador. A afirmação da universalidade concreta deve ser um esforço contínuo *daqueles que não tem parte*. Pois ao passo que a particularidade é negada no consenso universal de direitos humanos, temos uma universalidade abstrata, um universalismo. E este tipo de universalismo,

apesar de divulgado como tal não pode ser confundido com a universalidade concreta.

A universalidade baseada nos direitos humanos que proclama — todos os homens são iguais— é abstrata, pois nela há regras que organizam desigualitariamente a sociedade. Aqui o universalismo tem cara de eurocentrismo, dotado de um conjunto de valores encarnado por um grupo em particular como uma forma de universalização dessa particularidade. Nesse ordenamento, a exclusão tem lugar, pois apesar de haver uma pretensão de igualdade falada em nome de uma particularidade, uma certa desigualdade é litigada por um grupo em particular.

Assim, reafirma-se, o enfrentamento entre as culturas não deve ter ênfase apenas na diferença em si, mas “sim na condição de desigualdade” (Castro-Gomez, 2017: 63). O combate às relações de hierarquia de poder se dá em nome da igualdade e por meio dos conteúdos particulares negados pela universalidade abstrata. A universalidade como tal, a concreta, não tem que ser negada, mas sim a abstrata. O multiculturalismo precisa ser uma opção que ofereça a cada particularidade o suficiente para que ela reconheça a sua identidade.

A sociedade de hoje tem um sentido de rede de relações. As formações sociais não se encerram em si mesmas. Não são pensadas com independência dentro do sistema de junção de forças. Por isso, Castro-Gomez afirmou que “as lutas de identidades não podem ter como objetivo político a afirmação da própria identidade” (Castro-Gomez, 2017: 45), porquanto assim deixam intacto o sistema de relações que hierarquiza as identidades. Aqui, intacto não significa manter incólume os princípios e conceitos ocidentais. É fato que já não há espaço para que uma comunidade em particular tenha uma existência independente no sistema de relações de poder. E somente a partir de um ponto de vista que radicaliza a universalidade, que universaliza o ponto de exclusão pode-se lograr os objetivos de uma universalidade concreta.

Por uma política emancipatória de transmodernidade

Uma política emancipatória de transmodernidade significa atravessar a modernidade a partir dos lugares que foram negados pe-

la modernização hegemônica euro-norte-americana (Castro-Gomez, 2017: 69). O projeto deve ser crítico e emancipador diante das instituições desenvolvidas no contexto da modernização clássica.

A proposta de transmodernidade não expressa um retorno aos valores culturais nativos anteriores à colonização. O que se pensa é uma “problematização”, cujo um lado é ocupado pela reinterpretação da modernidade eurocentrada a partir de histórias locais de culturas “subalternas, e o outro, simultaneamente, é apropriado pela própria cultura subalterna modificada pelo processo de modernização. Enrique Dussel, fala do conceito de transmodernidade como a superação explícita da pós-modernidade” (Castro-Gomez, 2017: 70).

Ao se “modernizar” as culturas subalternas, suas estruturas foram excluídas, consideradas desprezíveis e insignificantes. Contudo, o silêncio dado a elas exerceu papel fundamental, posto que possibilitou sua existência latente, demonstrando imensa riqueza cultural. Tais culturas tem a capacidade de propor soluções impossíveis do ponto de vista da cultura euro-norte-americana. Cita-se como exemplo a pretensão “transformadora” (Ugarte, 2013: 350) dos processos constituintes da Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009), que impactaram sobremaneira a região latino-americana.

O que fora sempre distinto da cultura hegemônica ressurgiu a partir de um ponto de exterioridade e se propõe a assumir um papel desafiador. Esse diálogo intercultural ocorre sem a pretensão de negar a assimetria que há entre as culturas, reconhecendo, afirmando, reconstruindo e reinterpretando criticamente o passado existente. É preciso que haja uma guinada na ontologia do termo “ser humano”, desconstituindo-o da forma como ora é apresentado, pois o discurso atual classifica hierarquicamente os seres humanos. A descolonialidade dos direitos humanos deve se pautar na reivindicação de se descolonizar o conceito de ser humano.

El Derecho en Tiempos de Crisis: los Derechos Humanos Frente a las Estrategias del Nuevo Orden Mundial

Francisco José Infante-Ruiz¹

Este artículo está ordenado a partir de las respuestas a las preguntas-guía recogidas en la metodología presentada por los organizadores —Instituto Joaquín Herrera Flores (IJHF), Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH) y Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH)— para componer esta obra crítico-reflexiva sobre el Sistema Internacional de Derechos Humanos.

Contextualización

1. En las próximas páginas trataré de dar respuesta a la tercera de las cuestiones planteadas, si bien no me ajustaré estrictamente —y confieso desde ya que no habrá, por mi parte, un *strict compliance*— al enfoque establecido por su formulación. Me interesa sobre todo la segunda parte de la cuestión, esto es, cómo la realidad neoliberal utiliza un discurso ambiguo respecto de los derechos humanos con el objeto de conseguir otros fines.

La vía que abre esta cuestión puede ampliarse preguntándonos sobre cuáles serían las estrategias del “nuevo orden internacional” para diluir el discurso de los derechos humanos en un intrincado laberinto

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla con la calificación Sobresaliente Cum Laude. En la actualidad es Profesor titular de Derecho Civil en la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla, donde ocupa los puestos de codirector en el Master de Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo y en el Master de Derecho de la Contratación y la Responsabilidad. Las líneas de investigación que ha desarrollado se centran en derecho comparado, derecho privado europeo y derecho de contratos y en los últimos tiempos en Derecho antidiscriminatorio y en las implicaciones de los Derechos humanos en el Derecho privado.

sin inicio y sin final, lo que es tanto como hablar de las estrategias del “neoliberalismo”, frente a la dejación de los Estados contemporáneos, para “aprisionar” la propia democracia y, con ella, los derechos humanos en la cárcel de un eterno debate que se retroalimenta infinitamente una y otra vez.

La dificultad para determinar las estrategias del “nuevo orden mundial”: el neoliberalismo todo lo esconde o camufla

2. Uno de los más reputados neurocientíficos a nivel mundial, Rafael YUSTE, neurobiólogo e impulsor y asesor del Proyecto estadounidense BRAIN, con una asignación en 2016 de 300 millones de dólares (278 millones de euros) y en 2017 de 434 (403 millones de euros), afirma que “*Puede que el cerebro genere un mundo virtual que es la realidad que cada uno de nosotros ve*” y que esta hipótesis le parece “razonable” (*El País Semanal*, 25.01.2017). Aplicada esta “teoría” — aunque el científico habla de “hipótesis” — a una realidad compleja, infinita y llena de matices debemos llegar a la conclusión de que toda aportación, inclusive la científica, está contaminada por el “sesgo de la propia realidad”.

3. A lo anterior hemos de unir la enorme dificultad con la que nos enfrentamos a la hora de intentar desentrañar las estrategias del neoliberalismo para imponerse en el nuevo orden mundial. En este trabajo, aun cuando puede discutirse que “neoliberalismo” y “nuevo orden mundial” no son conceptos sinónimos, los trataré como equivalencias funcionales. Algunas de estas estrategias son conocidas, otras no, y muchas otras son negadas. Su explicación científica, al menos desde el punto de vista del materialismo histórico, nos remontaría, evidentemente, a una de las obras claves en la historia de la humanidad, *El Capital* de Karl MARX, y su contextualización en el nuevo orden internacional exigiría reescribir un “nuevo Capital”, pero, humildemente, la inmensa mayoría de los mortales no estamos en condiciones de hacerlo (se habla del economista francés Thomas PIKETTY como el “Marx moderno” ante el éxito sin precedentes de su libro *Le Capital au XXIe siècle*, 2013, traducido a varias lenguas; aunque pro-

bablemente estemos ante una exageración, otra más de la “sociedad líquida” de nuestro tiempo, lo cual no le quita, por supuesto, ni un solo ápice de mérito al libro ni a su autor).

4. Ante estas coordenadas, he de preguntarme como jurista dónde puedo poner el foco para desvelar, si quiera parcialmente (no se puede pretender la omnicomprensión), estas estrategias del *neoliberalismo-nuevo orden mundial* que aprisionan con cintas invisibles, pero a la vez con fuerzas titánicas, tanto la democracia como el discurso de los derechos humanos. Me centraré en tres ideas, conceptos o vías hermenéuticas: (i) ficciones, (ii) negaciones e (iii) imposiciones.

Las hipótesis de partida en correspondencia con cada una de estas ideas son: (i) el neoliberalismo crea ficciones o realidades que son dadas por ciertas por todos; (ii) el neoliberalismo niega las realidades cuando no le interesan que sean visibles si con ello garantiza la perpetuación de sus propios fines; (iii) el neoliberalismo impone realidades, sobre todo cuando las cosas se ponen más difíciles, y esto se observa claramente ante contextos de crisis mundial. En definitiva, el neoliberalismo todo lo esconde o camufla, es el autor de infinitos *escamotages*.

Un alegato previo: anti-Trump

5. Casi obligado, en estos tiempos, se hace expresar algunas palabras sobre Donal Trump, más que sobre la persona, sobre el fenómeno —del que no es él único responsable— que representa: “*el Trumpismo*”. ¿Es Trump verdaderamente un *antisistema*, como algunos sectores quieren hacer ver? Sus más acérrimos seguidores dirían que sí y por eso lo han votado. Sin embargo, la respuesta debe ser rotundamente negativa. Trump es una genuina expresión del capitalismo, de un capitalismo zafio y ramplón si se quiere adjetivarlo, pero capitalismo al fin y al cabo. La diatriba entre liberalismo económico y proteccionismo ya existió en el siglo XIX, y parece que ahora adquiere una reviviscencia moderna con la confrontación entre neoliberalismo y *trumpismo* (sobre todo, en relación con las tesis económicas más proteccionistas de la *administración Trump*). Ahora bien, no son más que dos formas de capitalismo, no se están contraponiendo dos

realidades antitéticas o fuera de la misma dimensión, sino más bien dos manifestaciones pertenecientes al mismo fenómeno.

6. Algunos datos pueden ayudar a desenmascarar algunas de las falacias del *trumpismo*. El Expresidente norteamericano Barack Obama dejó a finales de 2016 unos EE.UU que crecían al 3,2% y con un 4,6% de desempleo. Donald Trump prometía bajar significativamente los impuestos y al mismo tiempo invertir en infraestructuras. Lo primero acaba de hacerse realidad muy recientemente con la aprobación en el Senado estadounidense de una reforma fiscal que provoca una bajada masiva de los impuestos y que va dirigida sobre todo a recortar los impuestos a las empresas (del 35% al 21%) y a las rentas más altas (se crean hasta siete horquillas de pago fiscal por las rentas del trabajo). Según el cálculo efectuado por la Oficina de Presupuesto del Congreso (CBO), un organismo independiente y no partidista (<https://www.cbo.gov/about/overview>), la reforma que impulsan los republicanos sumará 1,45 billones al déficit nacional de Estados Unidos en la próxima década. Por lo que se refiere a la segunda promesa, la previsión es que se haga mediante el financiamiento a través de créditos especiales con cargo a la deuda pública. Por lo tanto, al anterior déficit deberá sumarse este otro en caso de que llegue a realizarse.

Según los más conspicuos economistas, esta política económica llevará a la Reserva Federal a normalizar los tipos de interés con su aumento (de hecho, los tipos de interés han subido de 0,50, a 15 de diciembre de 2016, a 1,50, a la fecha de escribir estas líneas), medida que provocará la disminución de puestos de trabajo en ciertos sectores, especialmente en los dependientes de la Administración. Tal y como declara el premio Nobel de economía Joseph STIGLITZ (*Internazionale*, 9.11.2016), con estas medidas “no habrá ventajas para la clase media”, precisamente aquella a la que se dirigía con iracundo fervor Donald Trump en la campaña electoral, y además a esta clase media se le privará de la tímida Seguridad Social conseguida con el *Obama Care*.

Ficciones, Negaciones, Imposiciones

7. *Negaciones*. Pero Trump siempre ha negado estas predicciones y lo sigue haciendo. Estamos ante la estrategia de las negaciones. Algu-

nos dirían que es una manifestación, otra más, de la era de la llamada “postverdad”. Pero no todo puede valer. “La negación —como dirían Pietro BARCELLONA et al.— es una estrategia de dominación” (*Postmodernidad y comunidad: el regreso a la vinculación social*, 1999.).

8. *Ficciones*. El neoliberalismo, como antes su antepasado, genera ficciones, a las cuales se les atribuye erróneamente el carácter de realidad. Puede traerse aquí a colación, para explicar brevemente el fenómeno de la creación de ficciones, la denominada filosofía del “como-si” de Hans VAHINGER (*Die Philosophie des Als-Ob*, 8ª ed. 1922), que muy bien explica Mª José FARÍÑAS DULCE (“Del ficcionismo al constructivismo en la teoría jurídica de Hans Kelsen”, en José Antonio Ramos Pascua (ed.) et al., *El positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, 2006, 109 ss.), y que pasan de ser “ficciones cognoscitivas” como puros instrumentos metodológicos, que nunca pueden cumplir una función descriptiva de la realidad, a convertirse en “ficciones apriorísticas y legitimadoras”, cuando se les atribuye el valor de ficciones que sustituyen o describen la realidad, que es lo que provoca, por ejemplo, precisamente como ficción abstracta, la teoría de la *Grundnorm* de Kelsen.

9. *Ficciones*. ¿Dónde se detectan estas ficciones en el discurso global del neoliberalismo? Cada uno de los siguientes conceptos, los cuales expresan virtudes del Mercado, tiene en su reverso la función de crear, alentar o preservar ficciones: competitividad, eficiencia, racionalización, funcionalización. Son conceptos destacados hasta la saciedad por la ciencia económica hegemónica; expresan “el cálculo de la utilidad propia”, como ya denunciara Franz HINKELAMMERT (*Hacia una crítica de la razón mítica. El laberinto de la modernidad. Materiales para un debate*, 2008), en el que “lo indispensable es inútil”. Todos estos conceptos generan en el imaginario colectivo un “autoconvencimiento” acrítico sobre sus bondades. Es verdad que estos conceptos, como adjetivaciones de un sistema, abstractamente y explicados desde la ciencia económica, dan la idea de innumerables virtudes. Sin embargo, si se colocan ante la realidad material, ante el sufrimiento del ser humano de carne y hueso, donde las desigualdades y las injusticias son palpables, y no ante una subjetividad puramente económica y abstracta, tienen un lado tenebroso.

10. *Ficciones, Negaciones*. Hace poco (23-26 de enero de 2018) en Davos (Suiza) se ha reunido el Foro Económico Mundial. El tema de este año, explicado en el prefacio del informe anual por el propio fundador de este club de élite, Klaus Schwab, es “Crear un futuro compartido en un mundo fracturado” (*Creating a Shared Future in a Fractured World*). Lo significativo de este título es que en él se reconoce que la fractura existe a nivel mundial, otra cuestión será ver cuáles sean las recetas que se apliquen o se pretendan aplicar para corregirla. En el 2017 el lema fue “Liderazgo responsable y receptivo” (*Responsive and Responsible Leadership*), lo que podía entenderse como una llamada de atención para Donald Trump y, de hecho, lo ha sido, pues en 2018 este mismo mandatario ha pronunciado un discurso dentro del panel de primeros ministros y jefes de Estado en el *prestigioso* foro de Davos. Los “avances revolucionarios” en inteligencia artificial, robótica, Internet de las Cosas, vehículos autónomos, impresión 3D, nanotecnología, biotecnología, ciencia de materiales, almacenamiento de energía y computación cuántica son bautizados por el Foro Económico Mundial con el atractivo recurso dialéctico de la “Cuarta Revolución Industrial”, ya que “supone un cambio fundamental del modo en que vivimos, trabajamos y nos relacionamos”. De esta “Cuarta Revolución Industrial”, entre otras cosas, se dice que “tiene potencial de aumentar ingresos globales y mejorar la calidad de vida en el mundo”.

11. *Ficciones, Negaciones*. ¿Es verdad esto último? Sin negar que la afirmación encierre parte de verdad, no puede magnificarse y pretenderse que nos encontremos ante una única “transición de fase” que nos lleve a un mundo idílico. Basta contrastar lo anterior con las actividades e informes del Foro Social Mundial para observar que existe otra realidad que no tiene tanta visibilidad o que incluso es ocultada por el “pensamiento hegemónico”, (<https://wsf2018.org/en/historico-conheca-trajetoria-do-fsm-2018/>). Este aumento de los ingresos globales y de la calidad de vida en el mundo como consecuencia de los factores antes enunciados está generando indudablemente grandes beneficios (no sólo económicos); esto no puede negarse; pero tampoco puede negarse que no está corrigiendo las desigualdades y la pobreza, y por lo demás todavía está por ver quiénes son y serán los grandes beneficiarios de la “nueva revolución”. Las desigualdades son evidentes en un mundo que no sabe, o no quiere, erradicarlas y

se han agudizado fuertemente como consecuencia de la crisis económica mundial. Los índices de pobreza son tristes y espantosos. Según los últimos datos disponibles del Banco Mundial, actualizados en octubre de 2015 (<http://www.bancomundial.org/es/topic/poverty/overview#1>), en total, 2.200 millones de personas sobrevivían con menos de US\$3,10 al día en 2011, que es la línea de pobreza promedio de los países en desarrollo y otro indicador común de profundas carencias.

12. *Ficciones*. Pero el mundo prefiere creer las ficciones. Y prefiere creer, por ejemplo, el flamante informe sobre riesgos globales de 2017 (*Global Risks Report*), porque se basa en datos contrastados, técnicos y de racionalidad económica. Obsérvese que en este informe, lleno de datos, diagramas y análisis, se dedica una página al mayor reto con el que ahora se enfrenta la humanidad, el cambio climático (vid. Box 1.2 *Climate change*). En el informe sobre riesgos globales de 2018 se corrige esta carencia y la preocupación por el cambio climático (*Failure of climate-change mitigation and adaptation*) aparece en varias ocasiones (pgs. 11, 13-14, 54, 57) y se sitúa como 5° riesgo en el top de 10 en términos de probabilidad y 4° en el top de 10 en términos de impacto. Pero no es el primer riesgo, ya que esta posición la ocupa en el primer *ranking* el riesgo relativo a “eventos climáticos extremos” y en el segundo el de las “armas de destrucción masiva”.

13. *Imposiciones*. Se encuentran en muy diversos órdenes, pero, en sustancia, muchas de ellas se traducen en la “perversión del sistema jurídico”, o al menos en su *perturbación* torticera. En el concierto internacional el fenómeno del denominado *lawfare*, entendido actualmente como la utilización del derecho por un país o un grupo de poder contra sus enemigos desafiando especialmente la legalidad internacional o militar [los primeros usos de esta expresión pueden rastrearse en Charles J. Dunlap, Jr., *Lawfare Today: A Perspective*, 3 *YALE J. INT’L. AFF.* 146, 146 (2008)], es un ejemplo de esta estrategia, pero existen ejemplos cada vez más preocupantes en la realidad jurídica de nuestro tiempo.

- Derecho Constitucional. La inclusión de reglas sobre techos de gastos en las Constituciones (Europa) y una enconada negación de reformas constitucionales por el sistema tradicional de partidos que coarta la evolución democrática (Europa), así como la utilización de procesos de *impeachment* espurios (Brasil), son

ejemplos muy claros de que los sistemas constitucionales en general no sólo están en quiebra, sino que también están siendo pervertidos por sus propios actores políticos o agentes.

- Derecho penal. La triste tendencia de las últimas décadas hacia el denominado derecho penal del enemigo [por todos, es de ineludible consulta, Francisco MUÑOZ CONDE, ¿Es el derecho penal internacional un “Derecho penal del enemigo”?, *Revista Penal*, No. 21 (2008), 93 ss.] parece superarse ahora por una fenómeno aun, si cabe, más preocupante: *the no-war law*. La situación de “guerra invisible global” nos lleva al “derecho de la guerra”, el cual tiene sus propias reglas y principios, según el derecho internacional, pero éstas se niegan en el momento actual por todas las partes del conflicto, tanto los terroristas fundamentalistas (lo que no es de extrañar dado su monstruoso sistema de valores) como los Estados y sus agentes (lo que es especialmente preocupante). Por otra parte, la denominada “politización de la justicia” ya no es un hecho puntual o anecdótico, o un mal contra el que deben adoptarse remedios preventivos, sino una realidad presente en numerosos países (el caso Lula en Brasil es triste y cruel).
- Derecho procesal. En este sector las privaciones de garantías de los justiciables son cada vez más preocupantes. Los tiempos procesales son los tiempos de la política, o de los “juicios paralelos” cuando existe alarma social y por su causa se apresuran los procesos sin las garantías debidas. El acceso a la justicia se proclama en condiciones de igualdad para todos (igualdad *en* y *ante* la ley), pero el viejo problema de una justicia en condiciones de igualdad real y en el que la victoria o la lucha no sea una cuestión de capacidad económica o de posición social sigue existiendo. Los errores del pasado —pese a todas las salvedades históricas que se quieran aducir— persisten en el presente (recuérdese el clásico de Rudolf Von Ihering, *La lucha por el derecho-Der Kampf um das Recht*, 1872).
- Derecho administrativo. La intensificación de las sanciones administrativas, la despenalización de ciertas conductas en los códigos penales y su traslación al derecho sancionador con la pérdida de garantías que ello conlleva, la perpetuación en mu-

chos sistemas jurídicos del viejo principio de autotutela ejecutiva de la Administración, el diseño de leyes de transparencia inoperantes o sencillamente su inexistencia, el diseño de una jurisdicción contencioso-administrativa lenta y costosa, la intensificación de la burocracia y la defensa a ultranza de la tecnocracia, son, entre muchos otros, síntomas de un sistema que cada vez olvida más y más las garantías del ciudadano y, por ende, la construcción de una ciudadanía efectiva. En este sector del ordenamiento jurídico se esconde la tecnocracia, que sigue ganando cada vez más adeptos, y con ella se pretende explicar cada medida que se adopta en términos de eficiencia y necesidad técnica lo que esconde en la mayoría de los casos la visión neoliberal de lo público. La tecnocracia es el instrumento más poderoso del orden neoliberal para generar ficciones, no sólo económicas, sino sobre todo políticas, sociales y culturales.

- Derecho social. Deja de ser el espacio del concierto social y en su lugar se coloca la tutela individual de los trabajadores. Buena parte de la segunda mitad del siglo pasado estuvo marcada por los grandes conciertos sociales en los que sindicatos y patronales pactaban las líneas maestras del mercado de trabajo y el Estado actuaba como un *autorevole* mediador. La pérdida de fuerza de los sindicatos, muy evidente en el último decenio, tanto por errores propios como provocados, ha determinado que la defensa del trabajador se abandone a las acciones individuales de los propios trabajadores
- Derecho privado. El derecho privado es de acuerdo con su visión tradicional el derecho del orden social establecido, expresa lo que podría denominarse, siguiendo la expresión del italiano Mortati, la *costituzione in senso materiale*. Sin embargo, en los últimos tiempos aparece como el Derecho de las ejecuciones hipotecarias y el derecho que no consigue la desaparición de las cláusulas abusivas y las prácticas abusivas de los empresarios. Por supuesto, quien suscribe estas líneas, en cuanto civilista por vocación y devoción, es consciente de que esta afirmación provoca un sinécdoque e incluso puede ser vista como una exageración. Pero detengámonos por un momento en las claves del derecho privado de nuestro tiempo, en los grandes temas patrimoniales que debe resolver, y pongámoslo en relación con

el derecho de propiedad. En este marco “*il terribile diritto*” (Stefano RODOTÀ), esto es, el derecho de propiedad, aparece sublimado ante la negativa político-legal para actuar con contundencia ante los abusos y los problemas sociales generados por las ejecuciones hipotecarias. En otras palabras, es un derecho que exalta el derecho de propiedad y que proclama al mismo tiempo y de manera contradictoria su función social, pero que no es capaz de reivindicar una “nueva función social” de la propiedad, no solo como referente de deberes —que es lo que es y ha sido hasta ahora— sino también como la posibilidad de realización de la dignidad humana. Así, la “función social de la vivienda” es todavía una concepto jurídico en construcción y en cierto modo utópico. Los agentes económicos y financieros hacen cómplice al derecho privado de agresiones sociales. Ciertamente que nunca se ha sido visto éste como un mecanismo de redistribución de la riqueza, que esta función no puede cumplirla *per se*, pero en ningún lugar está escrito que los derechos individuales de los acreedores hipotecarios deban prevalecer siempre y en todo caso sobre la función social. El crédito hipotecario, que es un instrumento de realización del valor, en el contexto de ejecuciones hipotecarias masivas, es un derecho todavía más terrible que el propio objeto sobre el que recae (la propiedad).

14. *Hay algo incluso peor (el “derecho degenerado”).* No podemos evitar denunciar que la conjunción de todas estas estrategias conlleva el peligro de la utilización del derecho como un mecanismo legitimador de acciones contra la ciudadanía y contra la dignidad humana. No se olvide, debe recordarse la historia, que el “derecho degenerado”, tal y como lo expresa Bern RÜTHERS (*Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, 1994) bajo la expresión *entartetes Recht*, o la “perversión del derecho” como prefiero denominarlo, tiene como objetivo principal la autolegitimación del poder autoritario a través del derecho y la consecución de ataques contra la dignidad humana.

15. *Imposiciones que surgen de ficciones.* Algunos atisbos pueden encontrarse en la realidad socio-política actual: el Brexit está generando, y va a generar con mayor intensidad en el futuro, todo un derecho desactivador del derecho comunitario (*Great Repeal Bill*) y xenofobo; el *trumpismo* ya ha generado los decretos del nuevo orden (*great*

America, bad Mexico); el *impeachment* de la presidenta Dilma Rousseff en Brasil puede calificarse como un “golpe de Estado encubierto y la condena penal del expresidente Lula da Silva y su posterior ingreso en prisión sin una condena en segunda instancia muestra una perversión absoluta del derecho que politiza la justicia hasta el extremo de la degeneración del sistema jurídico; la desactivación de la Asamblea Nacional Venezolana por Nicolás Maduro tampoco es un hecho del que podamos sentirnos orgullosos; y los “ileberalismos” irredentos de Hungría y Polonia son auténticos ataques a la democracia desde el corazón mismo de la democracia (Bernard GUETTA, *Inernazionale*, 8.1.2018, las califica como “democraturas”, esto es, como dictaduras ancladas en la democracia). Todos estos ejemplos sobrepasan el juego de los actores políticos para generar imposiciones en lo jurídico (“derecho degenerado”), en lo social (“violencia social”, “neo-nacionalismo extremo”) y en lo cultural (“iconografías mesiánicas”).

¿Hay algo en el horizonte?

16. No olvidemos que el derecho, las garantías y la propia democracia son invenciones humanas. Ante a la creencia de muchos de que el Estado y el derecho se asistan sobre una “base irrenunciable de creencias metafísicas”, y que en ellas se colocan, principal pero no exclusivamente, ideología, religión y filosofía social trascendental (vid. la citada obra de B. RÜTHERS), no puede negarse que frente a estas invenciones es posible colocar otras tantas (re)invenciones (recordemos *La Reinención de los derechos humanos*, del maestro Joaquín HERRERA FLORES). No es posible en este momento desarrollar estas reinenciones, cada una de ellas daría para otros tantos ensayos. Permítame el paciente lector que aquí haya llegado tan solo la indicación de las que a mi modesto entender supondrían las vías de transformación social del futuro, sobre las que deberíamos concentrar nuestros esfuerzos:

- Pacto social mujeres-hombres para la construcción de una nueva realidad histórica en las que mujeres y hombres sean plenamente iguales y esta igualdad sea real y efectiva. En la construcción de la modernidad la mujer fue excluida. El problema no fue solo la falta de igualdad, la cual fue dramática, sino

también, y en esencia, la falta de libertad, la de la mujer, en la construcción de las reglas y principios que dieron lugar al *no-vus ordo*.

- Renta universal igualitaria. A la idea de una renta que garantice la igualdad de todas las personas nos referimos en los últimos tiempos con diversas expresiones que no son todas ellas equivalentes (renta básica, renta mínima, renta de solidaridad, etc.). Sin embargo, el progresismo y la izquierda deberían centrar sus esfuerzos en el desarrollo de las bases para la articulación de una renta universal (accesible para todos los que la requieran) e igualitaria (condiciones mínimas para que la dignidad humana entendida como el acceso a los bienes materiales esenciales sea garantizada). Y deberían centrar sus esfuerzos no sólo en su diseño, o en la discusión sobre cómo hacerlo, sino también en convencer a la sociedad sobre su necesidad.
- Economía del bien común (EBC). En los últimos años se habla (Jean TIROLE, Christian FEBLER), de “la construcción un sistema económico alternativo apartidista”, con el que construir en base a los valores humanos universales un sistema económico que fomente el “Bien Común”, situando las acciones sociales “en la cooperación y no en la competencia, en el bien común y no en el afán de lucro”, de modo que “la economía, lejos de considerarse una ‘ciencia lúgubre’, se vea como una fuerza positiva a favor del bien común”. La EBC pretende la superación de la visión de la economía como algo puramente crematístico y que sólo persigue el enriquecimiento egoísta. Con ella se diseña todo un sistema. Se trata de una filosofía digna de ser explorada.
- Garantía del Medioambiente como derecho humano básico. El derecho al medioambiente debe ser contemplado hoy en día como un derecho tan fundamental como la vida, la libertad o la libertad de expresión. Su importancia es tan trascendente para la supervivencia de la especie que esta garantía no debería ser puesta en entredicho. He aquí otra realidad en la que centrar los esfuerzos.

El valor simbólico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

Francisco Maffioletti Celedón¹

Este artículo está ordenado a partir de las respuestas a las preguntas-guía recogidas en la metodología presentada por los organizadores —Instituto Joaquín Herrera Flores (IJHF), Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH) y Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH)— para componer esta obra crítico-reflexiva sobre el Sistema Internacional de Derechos Humanos.

La DUDH es considerada como un marco de consenso universal alcanzado en 1948, que se ha desarrollado a lo largo del tiempo. ¿Cómo comprender el multiculturalismo y los enfrentamientos entre culturas a partir de los valores consagrados en el universalismo de los derechos humanos?

La DUDH representa un ideal al cual toda sociedad debe aspirar, al tiempo que constituye los mínimos exigibles por parte de las personas a sus respectivas organizaciones encargadas de dirigir los destinos de una nación o grupo humano particular. En ese sentido, la mera existencia de estas directrices no supone que la conducta de los ciudadanos o pueblos se vayan a encuadrar de forma automática en ellos, o que les resulten “naturales”, y menos aún que sus propios mandatarios las cumplan en cada una de sus acciones.

¹ Docente e Investigador de la Universidad Diego Portales (Chile). Doctor en Psicología Jurídica, Universidad de Buenos Aires (Argentina). Magister en Psicología Clínica, Legal y Forense, Universidad Complutense de Madrid (España). Presidente Fundación Instituto Chileno para el Estudio de la Violencia (ICEV). Coordinador Grupo Psicología, Instituto Iberoamericano de la Haya (IIH-Holanda).

En este punto, debemos reconocer que la complejidad de la conducta humana es tal, que a lo largo de los siglos se pueden reconocer manifestaciones extremas de conductas que precisamente contrarían los principios y postulados de la DUDH. Un claro ejemplo de ello lo constituyen las guerras, los delitos, las tiranías, y de forma menos evidente la explotación indiscriminada e irracional de los recursos naturales y de la biodiversidad.

Estas acciones contrarias a esos Derechos, y a veces al menos elaborado sentido común, constituyen parte del repertorio conductual de las civilizaciones, y por cierto de las personas que las conforman, recordándonos a diario que en la esencia del ser humano coexisten tanto las tendencias hacia la creación de comunidades fraternales orientadas por el bien común, como también predisposiciones innatas a destruir, apropiarse de los bienes de los otros, e intentar asumir roles de predominancia sobre los demás.

En ese sentido, solo una sociedad evolucionada debiera definirse por el logro del delicado equilibrio entre los intereses egoístas de cada uno de sus miembros, y los valores sociales del respeto a la libertad, la paz social, y los Derechos de todos sus miembros.

Por ello, la labor más importante de una sociedad es poder brindar a los ciudadanos un espacio donde todos sus derechos se encuentren debidamente garantizados, y en el cual puedan desenvolverse libremente, desarrollando al máximo todas sus potencialidades. De forma secundaria, el establecimiento de la paz y el orden social es una tarea a la cual se encuentran abocados todos los estados democráticos de derecho, que deban garantizar el respeto de los bienes jurídicos individuales y supraindividuales.

Este aspecto, ya había sido previamente establecido en los postulados de la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948), particularmente, en su artículo 28, en que sostiene: “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”.

Por ello, no resulta irrelevante el tipo de orden social en el cual las personas nazcan, se desarrollen y mueran. Resultando por cierto más propicias para un normal desarrollo de la persona las que ofrezcan garantías de consideración, respeto y aseguramiento de los principios

consagrados en la Declaración Universal. Como sabemos, ésta surge precisamente como consecuencia de las dos guerras mundiales que la precedieron (1914-1918 y 1939-1945), y que ocasionaron tanta muerte y dolor para la raza humana.

Pero estos principios que vino a establecer la Declaración Universal no eran valores sociales que resultaran novedosos o vanguardistas, ya que en el año 1762 la publicación del *Contrato Social* de Jean-Jacques Rousseau contenía valiosísimos gérmenes de lo que serían los principios inspiradores de la Revolución Francesa (1789), y de los grandes cambios en las formas de gobierno en la Europa del siglo XIX. No fue sino mediante una serie de levantamientos y revoluciones que finalmente se puso fin al llamado Antiguo Régimen, heredero de las formas y privilegios del período de las monarquías feudales, en que el poder se concentraba en una minoría acomodada, y el pueblo era sometido mediante estructuras sociales y administrativas que le privaban de la participación política y la libertad, características de las organizaciones sociales democráticas.

Como decíamos, en su *Contrato Social*, Rousseau sentó las bases de lo que sería una forma de organización social en la cual debían primar valores Republicanos, que sirvieran de dique a toda forma de gobierno oligárquica, monárquica, aristocrática o despótica. Así, este régimen republicano tendría como eje de su sistema político la protección de la libertad, fundándose en un Estado de Derecho, en que las leyes vendrían a representar la manifestación de la voluntad soberana del pueblo. Como se puede apreciar, Rousseau no hace más que reflotar la vieja idea platónica de *ciudad estado-ideal*, plasmada en *La República* (380 a.c.), aunque con una concepción bastante más igualitaria de las personas, dejando atrás aquella concepción religioso-oligárquica de sociedad de clases.

Con todo, podemos apreciar incluso hoy en día, que el afán de encontrar una forma de organización social que resulte idónea y adecuada es una pretensión noble y atemporal, que sin embargo va a diferir y caracterizarse de acuerdo a quienes se ponga en el centro del interés de beneficiar. Lo que resulta claro e indiscutible hoy en día es que ya pasó el tiempo de la vieja organización feudal, del predominio político-religioso, de los gobiernos monárquicos, de la supremacía de los letrados, e incluso del gobierno de los políticos y exitosos multi-

millonarios, para dar paso a sistemas cada vez más conscientes de las necesidades de la “gran mayoría”, en los cuales se considere el reconocimiento de la dignidad intrínseca de las personas, de sus derechos ciudadanos, y de la igualdad entre todos los miembros de la familia humana.

Pero aún es demasiado temprano, y nosotros no tan jóvenes, para abandonarnos a la ilusión de que el progreso económico de una nación trae aparejado ese equilibrio social tan deseado. Al respecto, el filósofo contemporáneo Byung-Chul Han (2016), en su libro *La Sociedad del Cansancio*, nos advierte acerca de las nuevas formas modernas de esclavitud e infelicidad a las cuales nos sometemos voluntariamente en la “exitosa” sociedad neoliberal de consumo actual, en que las normas culturales propias del mercado producen una serie de consecuencias invisibles en nuestras vidas.

Al parecer, luego del renacer del sentido social que implicó el período de la ilustración, se ha vuelto nuevamente a perder estas nociones idealistas de lo que debe ser una comunidad de ciudadanos, en tanto constatamos que las actuales condiciones sociales, políticas y culturales se alejan de aquellos viejos ideales (románticos).

En ese sentido, incluso la Norma Social, comprendida como el reflejo del sentir de los individuos que forman parte de una determinada sociedad, y de las regulaciones que estos mismos estiman son necesarias en dicho período de la humanidad para asegurar la paz social y la adecuada convivencia en comunidad, se ha vuelto contra el hombre, asegurando el predominio de unos pocos sobre la gran mayoría (*el hombre medio de Adolphe Quetelet*, 1835), mediante mecanismos sociales estructurales que perpetúan el poder, y disfrazan la convivencia con una careta democrática y equitativa, que esconde un profundo abismo entre lo declarado y como éste opera. Resulta tan complejo y paradójico este asunto, que para develarlo se requiere un estudio crítico respecto de este mismo orden, además de una posición de liderazgo, que se ve amenazada por el mero hecho de resultar en si-misma antisistema.

Bajo el ideal actual de libertad, con la correspondiente economía social de mercado que la promueve, pareciera que el costo psíquico

que promulgaba Freud (1930) en el Malestar en la Cultura², asociado a aquel esfuerzo individual y permanente por mantener subyugados los propios impulsos, y el subsecuente rechazo de todo aquel que osara traspasar con su conducta dichos límites, encontrando como respuesta el rechazo social en tanto los mismos sujetos que elevan el juicio de reproche han debido realizar dicha pérdida, se ha transformado en una batalla por adquirir poder y bienes materiales, encontrándose permitido el abusar de la libertad individual y el traspaso de los límites sociales, mientras se tenga éxito en dicha tarea.

Rousseau (1762) es aún más dramático cuando anuncia que “el hombre ha nacido libre, y sin embargo, vive en todas partes entre cadenas”. Por tanto, al preguntarse éste por cual es la forma de organización social que efectivamente permita y posibilite alguna fórmula de administración legítima y permanente, señala que el Contrato Social es la respuesta, en tanto acuerdo realizado en el interior de un grupo por sus miembros, en el que adquieren derechos y deberes en un Estado. Para Rousseau dicho Contrato implica la definición de una “forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado”, considerando los hombres tal cual ellos son y las leyes tal cual pueden ser. El paralelismo y consonancia de estas ideas con las expresadas en la DUDH es evidente.

Dicho quiebre con las lógicas inspiradoras de la revolución francesa, en parte se debe al actual individualismo, al acceso casi ilimitado a bienes y servicios, a la pérdida de valores centrados en el bien común, y a la falta de una consciencia colectiva respecto de la forma en que el actual Contrato Social opera para desfavorecer a la *gran masa*, en palabras de Maquiavelo (1532), al populacho... a la plebe. Pero no creemos que se haya tratado de un retroceso evolucionista, sino más bien en una vuelta a las bases mismas de lo que históricamente ha sido el “interés social”.

² Freud hace casi ya un siglo, en sus escritos metapsicológicos, pone el acento en los costos personales que deben soportar los sujetos por el mero hecho de vivir con otros, inmerso en un contexto normativo y cultural que “impone tantos sacrificios no solo a la sexualidad, sino a la inclinación agresiva del ser humano, [es por ello que] comprendemos mejor que los hombres difícilmente se sientan dichosos dentro de ella” (p. 111).

Por todo lo señalado precedentemente, no nos resulta extraño el que hoy en día un Presidente de una gran potencia, o los líderes de determinados grupos político-religiosos, llamen a atacar, bombardear o declarar la guerra a otros pueblos o países enarbolando la bandera de la Paz³, la protección de la Libertad, o incluso de la sobrevivencia de la propia Humanidad. Esas son las contradicciones en las cuales se vive hoy en día, instauradas y reforzadas por los medios de comunicación social, que se encuentran al servicio de los poderes políticos y económicos, interesados en que la población se aliene en el trabajo, la producción, los bienes, y en esos limitados, febriles y alcoholizados espacios de libertad individualista.

La interdependencia, indivisibilidad e interrelación de todos los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y el derecho al desarrollo) fueron reconocidas en la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993) como una complementariedad necesaria. En su opinión, ¿se ha consolidado este entendimiento de los derechos humanos en la práctica?

Los Derechos Humanos, con el correr de los años, y muy especialmente las últimas décadas, han ido perdiendo la profundidad que conllevaban en su definición original por parte de la ONU, en la medida en que poco a poco han ido haciéndose más conocidos y citados. Con ello, el propio concepto de DDHH ha sufrido una banalización que les ha hecho perder su fuerza, en tanto se han extendido a casi todas las actividades de la vida ciudadana, trayendo paradójicamente aparejada la idea de que cuando todo son derechos humanos, entonces ya nada es derecho humano.

Esto se ha convertido en un gran problema en los países subdesarrollados, en la medida en que no se dan las condiciones económicas y sociales para satisfacer efectivamente los derechos básicos inaliena-

³ Basta para apuntalar este punto analizar las postulaciones al Premio Nobel de la Paz de algunos presidentes de grandes potencias, respecto de los cuales con no poca dificultad se podría decir que han hecho precisamente lo contrario de lo que el reconocimiento quiere destacar.

bles de toda la ciudadanía, optando quienes dirigen políticamente los destinos de las naciones por caer en los discursos populistas de hacer las cosas por el pueblo, en que se acabaron los privilegios, en que ellos son personas “comunes y corrientes”, que comprenden la miseria y falta de oportunidades de los más necesitados, y que dejaron los pies en la calle para procurarles un mayor estado de bienestar a todos.

Pero precisamente detrás de dicho discurso, que se exagera a medida que se acercan los períodos eleccionarios, se esconde una intrínseca falta de interés real por los otros, un desprecio no declarado por los pobres (lo son porque son flojos dirán en la intimidad de sus hogares), y un enceguecimiento por el poder y el tener.

En nuestros países latinoamericanos, asediados hace 40 años por regímenes totalitarios, dirigidos por militares marionetas de grupos de una “derecha carnívora”, que gobernaron mediante la masacre y aniquilación de “los otros”, se asentó la idea de que los Derechos Humanos se encuentran adscritos a los resguardos más básicos y esenciales de los bienes inmateriales del ser humano, relacionándolos entonces con el Derecho a que: no te maten, no te torturen, no te interroguen, no seas abusado sexualmente, puedas vivir en tu país (y no ser exiliado o desterrado), puedas caminar por la calle sin ser detenido, y puedas tener un pensamiento político-social propio sin que ello implique una sanción.

Entonces, por el hecho de vincular los DDHH a situaciones extremas que representan graves vulneraciones a los mismos, propias de aquellos años, la gran parte de la población posee una visión muy limitada de los mismos, ligadas a situaciones vitales límites, y no a un estándar deseable de convivencia social. Por eso mismo, se asume con cierta naturalidad hoy en día, que constituyen “privilegios de pocos” tener educación de calidad, acceso oportuno a salud, un trabajo estable y bien remunerado, una vivienda digna, tiempos razonables de ocio y/o vacaciones, la posibilidad de viajar, entre otros.

Por tanto, para que la comprensión amplia de los Derechos Humanos se consolide y sea aplicada en la práctica a todas aquellas situaciones que dicen tener relación con aquellos estándares mínimos de una democracia moderna en la cual predomine el Estado de Derecho, faltan aún muchos años, una formación orientada al bien común, y un cambio generacional y cultural importante, que posibilite desarro-

llar una concepción social que en su visión integre a los DDHH en sus bases y principios fundamentales.

¿Hasta qué punto las intervenciones “humanitarias” y la propia racionalidad neoliberal utilizan el discurso ambivalente de los derechos humanos para otros fines?

Para que realmente podamos hablar de DDHH, sería necesario que estos se encontraran efectivamente garantizados, lo cual no suele ser la tónica en la mayoría de los países latinoamericanos. En ese sentido, las llamadas intervenciones “humanitarias” no hacen más que poner de manifiesto la precariedad en la cual hoy en día vive una importante proporción de la población, que no cuenta con las condiciones básicas de subsistencia que calificaría aquella vida como una dotada de dignidad.

Lo interesante del caso es que, con la masificación de las comunicaciones, con la apertura de los mercados y de los países, con la caída de las barreras idiomáticas y de las fronteras, la desnudez ha comenzado a quedar en evidencia. Las deficientes condiciones en que millones de personas viven, los abusos intra-naciones, y otras cuantas arbitrariedades, se han puesto en el foco de la mirada internacional, y ya los distintos gobiernos deben empezar a responder también a sus pares y otros organismos transnacionales, con los cuales tienen intercambio comercial, político y estratégico.

Por ello, se ha impuesto como una necesidad a los gobiernos, blanquear todas aquellas situaciones de su nación que no respondan a los estándares y exigencias internacionales. En temáticas de delitos, pobreza, corrupción, y otros tantos temas que vienen a empañar la visión internacional de determinados países, lo que se ha hecho como respuesta y solución a estos “problemas” ha sido maquillarlos, negarlos, cambiar los criterios de medida, y en el mejor de los casos, hacer el “como si” estos estuvieran parcialmente resueltos o en vías de serlo.

Por tanto, el discurso dominante ha creado una realidad acorde a lo que la mayoría de las personas quiere escuchar, conscientes de sus quejas y necesidades, el discurso neoliberal se ha posicionado como un aliado, como un par, que está en la misma lucha, y que sangra por la misma herida. Ese discurso neoliberal ha sabido anestesiarse las de-

mandas de los pueblos, de los oprimidos, de los carenciados, para darles una luz de esperanza, haciéndoles creer que vendrán los “tiempos mejores”, que si la economía crece entonces ellos se verán beneficiados por el “chorreo” (distribución de la abundancia), pero que para ello deben trabajar de sol a sol, tolerar un tiempo más las condiciones de vida inhumanas, y confiar en que se está trabajando 24/7 por ellos.

Ese discurso sería ambivalente si de verdad quien lo sostiene cree en ambas realidades, si quien lo vocifera se encuentra en una situación en que ambas alternativas le resultan interesantes o necesarias. Entonces, bajo mi particular visión, más bien creo que se trata derechamente de un cinismo, de un populismo, y de un real desinterés por los otros y esos DDHH, que es disfrazado de convicción y compromiso.

¿Cuál es en su opinión el valor jurídico de la DUDH en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos actual?

Desde mi disciplina, la Psicología Jurídica, solo me atrevería a esbozar una simple idea.

El valor de la DUDH en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y primordialmente en los ordenamientos jurídico-normativos y culturales de las distintas naciones, radica en el valor simbólico que estos representan.

Y cuando hablamos del valor simbólico (Baudrillard, 2009) nos referimos a aquel valor que va más allá de los criterios prácticos o de las ecuaciones de intercambio, para acentuar aquella faceta inmaterial que resuena en cada sujeto aquello que se le presenta como un aspecto de la experiencia humana no-transable, en una dimensión que queda fuera de las lógicas sociales del mercado, la racionalidad y el pragmatismo.

Cuando este tipo de valores se ponen en juego, los DDHH como definiciones transversales de aquello que está más allá de las diferencias interculturales, se generan directrices y vectores que, sin encontrarse dotados de un contenido acotado o único, generan en las personas una cierta certeza de aquello que está bien y aquello que está mal. De alguna forma el hecho de enunciar estos DDHH mediante una DU, eleva su estatuto al nivel de una verdad inmanente, que, aun

cuando pueda ser desconocida o no respetada, queda una marca de valor en esa acción.

De alguna forma, y más allá de lo que se pueda decir en cuanto a su valor jurídico, su cumplimiento o efectividad, creemos que los DDHH vienen a tocar una fibra muy íntima en las personas, y a hacer eco de voces ancestrales, inconscientes, que resuenan y vibran con esa melodía como si fuese propia, y que de algún modo los interpela.

A Declaração Universal de Direitos, as Políticas Identitárias e o Multiculturalismo

Gisele Cittadino¹

No momento em que comemoramos os setenta anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o tema do universalismo dos direitos vem sendo cada dia mais problematizado não apenas pelas discussões vinculadas à construção das políticas identitárias, como também pelo tema do multiculturalismo. No âmbito acadêmico, o já clássico debate entre liberais versus comunitários pontua exatamente as oposições entre universalismo e particularismo, sujeito de direitos e subjetividade histórica, autonomia privada e autonomia pública, direitos humanos e soberania popular.

O primeiro tema a destacar é que a Declaração Universal de 1948 é um documento comprometido com a ideia de autodeterminação humana, ou, em outras palavras, com a perspectiva de um sujeito de direitos autônomo, que constitui sua identidade no interior de uma forma de vida compartilhada. Esse mundo da vida no qual constituímos nossas identidades não pode ser, na modernidade, percebido a partir de uma lógica de aprisionamento, pois cada um de nós tem a capacidade de se comportar reflexivamente em relação à própria subjetividade, endossando valores ou se libertando de compromissos, ilusões ou fantasias. É evidente que só somos capazes de questionar as normas do mundo em que vivemos a partir de convicções que integram o nosso próprio contexto cultural, mas isso não significa que não podemos refletir criticamente sobre a faticidade das instituições e normas presentes no mundo da vida. Em outras palavras, uma ação reflexiva sobre a própria subjetividade pode simplesmente significar autonomia.

¹ Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-RIO. Bolsista (I-C) em produtividade em pesquisa no CNPq. Autora de *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva* (Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013, 4ª edição)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos baseia-se em uma teoria do direito formulada em termos individualistas, mas isso não significa qualquer incompatibilidade entre a Declaração e a garantia dos direitos sociais, de vez que estes são distribuídos ou usufruídos individualmente. No entanto, não tem sido tarefa fácil discutir esse mesmo tema diante dos chamados direitos culturais. Nas democracias contemporâneas, de cultura liberal, nos habituamos a identificar conflitos jurídicos entre sujeitos individuais ou entre o cidadão e o poder público. Com o aparecimento dos direitos culturais, novos modelos de conflito irrompem: a) quando distintos grupos disputam direitos ou privilégios (caso da inclusão de determinadas disciplinas na rede pública de ensino); b) quando um grupo demanda um tratamento igualitário em relação a outro grupo (caso de grupo religioso minoritário que demanda a exibição de símbolo sagrado em repartição pública); c) quando não membros sentem-se em posição de desvantagem em relação a outro grupo (caso das pessoas brancas em relação às quotas destinadas para negros); ou c) quando direito fundamental do membro do grupo é violado com base no argumento de que é necessário garantir a estabilidade da identidade coletiva (caso dos cidadãos franceses de Quebec, no Canadá, que estão legalmente impedidos de matricular seus filhos em escolas de língua inglesa)².

É preciso insistir na necessidade de que os direitos culturais não podem entrar em conflito com os direitos fundamentais dos indivíduos que são membros dos diversos grupos precisamente porque os direitos dos grupos só são legítimos se forem compreendidos como direitos derivados dos direitos culturais do indivíduo integrante do grupo. Nesse sentido, os direitos coletivos derivam dos direitos individuais porque só há multiculturalismo —como configuração de um espaço transcultural que abriga a diferença— se formos capazes de entender que a garantia de acesso às tradições, cultura e redes de conhecimento necessárias ao desenvolvimento da identidade pessoal deriva do princípio da inviolabilidade da igual proteção da integridade da pessoa.

² Ver Habermas, J. (2005). Equal Treatment of Cultures and the Limits of Postmodern Liberalism. *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 13, nº 1, p. 18.

Nada nos impede de alargar a interpretação do conceito de sujeito de direitos presente na Declaração Universal de Direitos, que originariamente foi proposto para assegurar o duplo papel do cidadão como agente econômico e como membro de um grupo religioso. Hoje, especialmente em face do pluralismo que caracteriza as democracias contemporâneas, com suas múltiplas e diversas experiências multiculturais, o conceito de sujeito de direitos precisa incorporar a garantia de iguais liberdades éticas para todos.

Ressalte-se, em primeiro lugar, que diferentemente dos direitos sociais, os direitos culturais —sem os quais não há como se garantir as liberdades éticas— não estão vinculados ao modelo do Estado de Bem Estar. Os direitos sociais estão na origem das políticas distributivas e pretendem combater as desigualdades decorrentes de sociedades verticalmente estratificadas. Os direitos culturais, por sua vez, estão na raiz das políticas de reconhecimento e das políticas identitárias e voltam-se contra a desigual inclusão horizontal dos integrantes de uma sociedade³. Em outras palavras, discriminação e desrespeito sinalizam uma inclusão desigual de cidadãos que não têm reconhecido o seu papel de membros de uma comunidade política. É um equívoco supor que os cidadãos gozam de iguais liberdades éticas apenas porque têm a possibilidade de selecionar suas preferências e fazer escolhas a partir de valores culturais estabelecidos. As liberdades éticas não devem ser instrumentalmente justificadas, pois não se trata de apelar para uma racionalidade instrumental que seleciona opções de acordo com modelos culturalmente definidos. É apenas como membro de uma comunidade política, crescendo no interior de um universo de significados e práticas intersubjetivamente compartilhadas, que cada um de nós adquire suas características individuais distintivas. Isso significa dizer que a “constituição cultural da mente humana desenvolve-se com base em uma relação de dependência contínua entre o indivíduo e as formas de comunicação e relações interpessoais que, por sua vez, se ancoram em uma rede de reconhecimento recíproco e tradições”⁴.

³ Sobre a diferença entre *políticas de distribuição* e *políticas de reconhecimento*, ver Fraser, N. e Honneth, A. (2006). *Redistribución o Reconocimiento?* Madrid: Ediciones Morata.

⁴ Cf. Habermas, (2005), *Equal Treatment of Cultures and the Limits of Postmodern Liberalism*, op. cit., p. 17.

De outra parte, ainda que estejamos diante de tradições ancestrais, “os direitos legítimos dos grupos não podem entrar em conflito com os direitos básicos dos indivíduos membros dos grupos”⁵. Os mundos culturais apenas sobrevivem quando os indivíduos que os compartilham, ainda que obrigados a confrontar-se com culturas distintas, optam por regenerar a força de suas identidades culturais. Isso significa dizer que não podemos aplicar às culturas o mesmo tratamento dispensado pela ecologia à preservação das espécies. Nem os legados culturais podem ser impostos, nem protegidos de avaliações críticas, especialmente porque nas sociedades democráticas contemporâneas a relação com o estranho é inevitável⁶.

Para a Declaração Universal dos Direitos Humanos todos têm autonomia e o mesmo valor moral. Esse ideal não está baseado em nenhuma visão de mundo particular, pois esse sujeito moral autônomo tem a capacidade de formular essa ética por sua própria conta. É por isso que o sujeito tem o direito de pular fora⁷, sem que isso represente a violação de um ideal de autenticidade, pois a nossa identidade não é apenas algo com que inevitavelmente nos defrontamos, mas também é nosso próprio projeto⁸. Para muitos, no entanto, o direito de pular fora, especialmente quando estamos diante de alguém que integra um grupo historicamente marginalizado, representa uma espécie de ação de infidelidade em relação a si mesmo. Não haveria como pular fora sem que isso deixasse de representar um ataque à dimensão original da própria identidade. Para os defensores do multiculturalismo forte

⁵ Idem, p. 20.

⁶ Ver, a respeito, Habermas, J. (1994). Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State, in *Multiculturalism*, Amy Gutman (ed.), Princeton University Press.

⁷ Utilizei anteriormente a expressão direito de *pular fora* no texto *Liberdade, Identidade e Direito. Sobre a indelével marca humana em Philip Roth (Direito e Literatura*, André K. Trindade, Roberta M. Gubert e Alfredo Copetti Neto (orgs.), Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008). No romance *A Marca Humana*, de Philip Roth, o protagonista rompe com os valores que unem coletivamente os membros de sua própria comunidade de origem e acredita que pode reinventar a si mesmo como um simples membro —sem filiações— da raça humana.

⁸ Ver, a respeito, Habermas, (1996). *La Necesidad de Revisión de la Izquierda*. Madrid: Editorial Tecnos.

é fundamental manter nossa identidade intacta⁹, pois o compromisso com a autenticidade é também um compromisso com nossa herança cultural.

São claras as consequências normativas desse compromisso com uma autonomia moral que nos garanta o direito de pular fora. Necessitamos, sem dúvida, de uma teoria da justiça ancorada em um ponto de vista deontológico que nos assegure um sistema de direitos capaz de transformar esse indivíduo moral autônomo em autor e sujeito de direito. Esse processo de atribuição de direitos não pode estar simplesmente ancorado em uma herança cultural comum. É preciso esclarecer que o processo de atribuição de direitos não é posterior ao sentimento de pertencimento a uma comunidade, porque o sistema de direitos não pode ser considerado apenas uma expressão valorativa de um sistema cultural específico. Ainda que tenha surgido, como ideal normativo, em um mundo particular de cultura, isto não significa que não possa ser visto como o resultado de um processo reflexivo a partir do qual os indivíduos podem tomar certa distância em relação às suas próprias tradições e aprender a entender o próximo a partir de sua própria perspectiva. Se estamos falando de sociedades democráticas em que os cidadãos asseguram a todos, como legisladores, esferas de liberdade em face da autodeterminação moral de cada um, não há dúvidas de que ninguém encontrará obstáculo normativo à realização de seus projetos pessoais de vida. O sistema de direitos que assegura os direitos culturais para aqueles que pretendem dar continuidade ao que receberam de seus antepassados é o mesmo sistema de direitos que permite a qualquer outro a possibilidade de pular fora.

Sabemos, de outra parte, que não há como assegurar o livre e integral acesso ao mundo de cultura a partir do qual os grupos identitários se constituem sem que os direitos culturais sejam integralmente garantidos. De um lado, os direitos culturais conferem poder para as organizações que se encarregam de lutar pela sobrevivência de culturas ameaçadas; de outro, esses direitos coletivos permitem que os grupos igualmente lutem para assegurar os meios e os recursos através dos quais os seus membros conformam suas identidades. Nada disso,

⁹ Ver, a respeito, Nancy Fraser e Axel Honneth, *Redistribución o Reconocimiento?*, op. cit.

no entanto, pode nos levar a configurar a cultura como uma espécie de entidade à qual direitos são atribuídos. Com efeito, não podemos compreender as culturas como sujeitos de direitos. Elas só se reproduzem se seus intérpretes forem capazes de assegurar suas condições de reprodução. Em outras palavras, “por razões empíricas, a sobrevivência de grupos identitários e a continuidade de seus mundos culturais não podem ser de modo algum asseguradas por direitos coletivos. Uma tradição tem a capacidade de desenvolver seu potencial cognitivo quando os seus destinatários estão convencidos que esta tradição é realmente valiosa; e as condições hermenêuticas para a manutenção das tradições só podem ser garantidas por direitos individuais”¹⁰.

É precisamente por isso que os direitos coletivos derivam dos direitos individuais, porque a identidade política do sujeito de direito —e não a sua inserção em um mundo de cultura— é o fundamento da cidadania nas democracias contemporâneas. Reside aí a atualidade da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

¹⁰ Idem.

Perspectiva Crítica da Declaração Universal dos Direitos Humanos

Gisele Ricobom¹
Carol Proner²

Este artigo foi organizado por meio de respostas às perguntas-guia incluídas na metodologia apresentada pelos organizadores-Instituto Joaquim Herrera Flores (IJHF), Instituto Ibero-Americano da Haia pela Paz, Direitos Humanos e Justiça Internacional (IIH) e Associação Espanhola para o Direito Internacional dos Direitos Humanos (AEDIDH) —para compor esta obra crítico-reflexiva sobre o Sistema Internacional dos Direitos Humanos.

A Declaração é considerada marco de um consenso universal alcançado em 1948 e aprimorado ao longo do tempo

Como compreender o multiculturalismo e os enfrentamentos entre culturas a partir dos valores consagrados no universalismo dos direitos humanos?

Sem dúvida alguma a Declaração Universal é um marco de absoluta importância na construção do que denominamos proteção internacional dos direitos humanos. Desde sua aprovação pela Assembleia

¹ Doutora em Direito pela Universidade Pablo de Olavide. Professora do Programa em Integração Contemporânea da América Latina-ICAL e do Curso de Relações Internacionais da Universidade Federal da Integração Latino-Americana-UNILA. Diretora do Instituto Joaquín Herrera Flores-América Latina. Atualmente em cooperação técnica com a Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

² Diretora do Instituto Joaquín Herrera Flores-América Latina, Co-diretora do Máster em Direitos Humanos, Interculturalidade e Desenvolvimento da Universidade Pablo de Olavide e Universidade Internacional de Andalucía; Professora de Direito Internacional da Universidade Federal do Rio de Janeiro; Co-coordenadora da Red de Investigación “Perspectiva Epistemológica Ibero-Americana sobre la Justicia”.

Geral da ONU em 1948 houve verdadeira profusão de mecanismos de proteção dos direitos humanos dentro das Nações Unidas.

O conjunto de órgãos e mecanismos de proteção na ONU que surgiram para ampliar a força da Declaração podem ser divididos em dois: instrumentos convencionais que são resultados dos tratados temáticos especiais que complementam o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais; e mecanismos conhecidos como extraconvencionais, cuja competência decorre da própria Carta das Nações Unidas, da Declaração Universal que é Resolução da Assembleia Geral da Organização e alcança todos os Estados Membros independente da adesão à qualquer tratado específico, a exemplo do Conselho de Direitos Humanos.

Nos dois subsistemas existe uma infinidade de organismos de fiscalização, de recebimento de denúncias, de ajuda humanitária em graves situações de direitos humanos, de operações específicas e permanentes, de procedimentos especiais que tem por objetivo principal pressionar os países a observarem e implementarem tais regras em seus territórios nacionais, sem contar as chamadas operações de paz que são mandatos mais amplos que significam intervenção da Organização em países com grave crise humanitária decorrente das guerras, sejam civis ou internacionais, cujo mandato foi atribuído pelo R2P —Responsabilidade para Proteger.

Isso demonstra que a Declaração é o núcleo central de direitos que irradiou valores na construção de importantes instrumentos para a atuação da comunidade internacional em todo o planeta, pressupondo que tais valores apresentam caráter universal pois a Declaração é apresentada como “ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações...”, sem considerar qualquer aspecto multicultural em seu texto.

Tal núcleo de direitos é profundamente liberal, especialmente por tratar de forma privilegiada as garantias e liberdades individuais que não se ampliam para além do indivíduo atomizado, o que reforça a leitura de que é resultado de uma construção histórica europeia e jusnaturalista dos direitos humanos.

Não é por acaso que até mesmo os direitos culturais são tidos como bens que se podem alcançar individualmente, quando a Declaração prevê que “Todo ser humano tem o direito de participar livremen-

te da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios”. Nesse mesmo sentido, foi estabelecida a proteção dos direitos culturais no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966.

Aqui está a chave para compreensão da completa ausência de perspectivas distintas ao modo de vida ocidental no momento da adoção da declaração. Para tanto, não se pode ignorar o próprio contexto de criação das Nações Unidas, resultado do acordo entre as potências do pós-segunda Guerra Mundial, com destaque para os Estados Unidos que coordenaram todo o processo.

É preciso lembrar também que o artigo 38, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça estabelece como fonte do direito internacional, os princípios gerais do direito “reconhecidos pelas nações civilizadas”, resultado do trabalho do Comitê de Juristas em 1920 que elaborou o estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, mas que foi mantido pelo Estatuto da Corte adotado em 1945.

Isso demonstra que no contexto do surgimento da Declaração não se aventava qualquer possibilidade em prestigiar outros valores culturais, sequer havia um tímido multiculturalismo reconhecido na Declaração, muito pelo contrário, as nações civilizadas representavam o berço civilizacional de tais valores.

Em 2002 a conferência geral da UNESCO emitiu a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural reconhecendo o pluralismo cultural como forma de resposta política à diversidade cultural, mas prescrevendo que “Ninguém pode invocar a diversidade cultural para violar os direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para limitar seu alcance”.

Portanto, da leitura dos principais documentos oficiais pode-se verificar a inexistência de uma preocupação sequer multicultural, muito menos intercultural, como entendemos que deveria ser. O universalismo ocidental é cláusula pétrea e os problemas decorrentes da diversidade cultural só são levados a consideração quando preponderam questões econômicas, cujas soluções ocorrem de forma militarizada.

É urgente e necessária uma discussão ampla que permita a perspectiva de um pluralismo jurídico no direito internacional, que prestigie uma concepção pós-colonial do direito, mas sabemos que as Nações Unidas constituem um espaço de poder estruturado em re-

lações econômicas e militares muito desiguais. Ignorar tal realidade para aprimorar um discurso de direitos humanos que é fruto de uma história parcial é, no mínimo, incoerente para uma organização de alcance global.

Ademais, na perspectiva da teoria crítica rechaçamos a concepção jusnaturalista e liberal da Declaração Universal, daí porque não faz muito sentido abordar a questão propriamente do valor jurídico da Declaração Universal para o Direito Internacional, como propõe a questão quatro.

Comprendemos os direitos humanos como produtos culturais, pois frente a eles podemos “[...] reaccionar política, social, jurídica y económicamente, y no ante um fenómeno natural y/o metafísico transcendente a la própria práxis humana” (Herrera Flores, 2005: 20).

Dessa forma, os direitos humanos podem instrumentalizar práticas emancipatórias ou opressoras (como é o caso das intervenções), mas que sempre serão resultados de processos de luta, resistência ou de imposição institucional pelo mero exercício do poder, quando conveniente às políticas governamentais. Assim sendo, compreender os direitos humanos requer, necessariamente, uma percepção dessa complexidade para além nas normas e do legalismo vigente.

A interdependência, indivisibilidade e inter-relação dos direitos civis, políticos, econômicos, culturais e sociais foram reconhecidas na Conferência de Viena de 1993 como uma complementariedade necessária

Na sua opinião, este avanço foi alcançado na prática?

A Carta Internacional dos Direitos Humanos é composta pela Declaração Universal, pelo Pacto dos Direitos Civis e Políticos e pelo Pacto dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, bem como seus protocolos adicionais.

A necessidade de codificação da Declaração Universal decorreu de sua natureza de soft law. Ainda que se considerasse norma imperativa, era preciso codificar os valores previstos de forma a constituir

verdadeira obrigação aos Estados, razão pela qual a ONU promoveu os dois Pactos em 1966.

No entanto, é notório o grande lapso temporal que decorreu da Declaração até a assinatura dos Pactos, bem como a existência de dois instrumentos internacionais distintos resultado da polarização ideológica da guerra fria, o que trouxe um prejuízo imenso a interdependência, indivisibilidade e inter-relação dos direitos civis, políticos, econômicos, culturais e sociais já no nascimento da positivação do direito internacional dos direitos humanos.

É preciso lembrar também que a vigência dos tratados iniciou apenas dez anos após a assinatura dos mesmos, quando se obteve o número mínimo necessário de ratificações.

Portanto, a guerra fria polarizou os valores supostamente em conflito presentes na Declaração. O lema liberdade versus igualdade representou as divergências que constituem o principal núcleo de direitos de cada um dos Pactos, como se a incorporação integral e única fosse impossível, dada a divergência entre as duas superpotências.

Com a queda do muro de Berlim e o fim da União Soviética, as democracias liberais consagraram-se como o grande modelo vitorioso que havia superado os regimes totalitários em nome de altos princípios da soberania popular, como defendeu Francis Fukuyama em “Fim da História”, no início da década de noventa.

Isso demonstra que o avanço histórico dos direitos humanos não é um conjunto aleatório de instrumentos internacionais que consagram marcos civilizacionais sempre mais progressistas.

Nesse sentido, é preciso compreender que a fase de maior dinamismo internacional das Nações Unidas na construção da agenda dos direitos humanos é profundamente marcada pela vitória da liberdade sobre a igualdade, aprofundando a primazia dos direitos individuais em detrimento dos direitos sociais, não obstante os afirmação de que todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e que estão relacionados entre si, cujo texto consta na Declaração e no Programa de Ação, adotados na Conferência de Viena de 1993.

É importante lembrar que o Protocolo Adicional ao Pactos dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais que permite o recebimento de denúncias por violações desses direitos só entrou em vigência em

2013, trinta e sete anos depois da vigência do Protocolo Adicional dos Direitos Civis e Políticos, que entrou em vigência em 1976.

Num mundo globalizado, sem as antigas barreiras dos regimes comunistas consagrou-se, pelo avanço do capitalismo, a natureza puramente individual dos direitos humanos, ou seja, àqueles valores mínimos e indispensáveis para assegurar a liberdade de mercado. Todas as demais garantias jurídicas fora do núcleo das liberdades individuais não passam de programas, objetivos a longo prazo, metas sem capacidade de constituir obrigações jurídicas do Estado.

Não há dúvida que o consenso universal repousa sobre um mínimo ético ínfimo, cujo status de cidadania só pode ser usufruído por indivíduos úteis e hábeis de acordo com as leis do mercado. O resultado e a consequência da inexistência da indivisibilidade está refletido na abissal desigualdade social, pela concentração de renda e com o consequente aumento do empobrecimento mundial.

Até que ponto as intervenções humanitárias e a própria racionalidade neoliberal se utilizam do discurso ambíguo e ambivalente dos direitos humanos para outros fins?

É muito difícil compreender a defesa dos direitos humanos por meio do uso da força. É, de fato, um paradoxo insuperável.

A proteção internacional dos direitos humanos passou a justificar a guerra em nome dos direitos humanos, especialmente a partir dos anos 2000. A intervenção humanitária representa uma refundação do conceito de guerra justa que havia amparado a colonização em nome da civilização dos povos bárbaros.

Quando eclodiu a guerra do Iraque em 2003, renomados autores já haviam sustentado o uso dos direitos humanos para as intervenções humanitárias nas décadas anteriores, dentre eles Jürgen Habermas, Norberto Bobbio e John Rawls. No entanto, foi Michael Walzer o pioneiro no resgate da teoria da guerra justa para guerras contemporâneas, com seu livro *Just and Unjust Wars* de 1972, mas foi John Rawls o mais permissivo em autorizar o uso da força contra o que chamou de Estados forasteiros, aqueles que não respeitam os princípios liberais.

Em 2001, o relatório denominado “A responsabilidade de proteger-R2P” que resultou dos trabalhos de uma Comissão Internacional sobre Intervenção e Soberania dos Estados nomeada pela Assembleia

Geral das Nações Unidas, motivada pela intervenção unilateral pela OTAN em Kosovo, motivou e estabeleceu requisitos que permitiriam a intervenção “com fins de proteção humana, incluída a intervenção militar em casos extremos, quando a população civil esteja sofrendo ou corra perigo iminente de sofrer graves danos e o Estado correspondente não possa ou não queira interromper, ou seja o mesmo responsável”.

Segundo o R2P, a autorização para a intervenção decorre de diversas fontes de direito internacional que sustentam a proteção internacional dos direitos humanos, o que permitiria flexibilizar o princípio da não intervenção presente na Carta das Nações Unidas. De acordo com o R2P, a competência para intervir é prioritariamente do Conselho de Segurança da ONU, mas sua eventual paralisação permitiria a atuação da Assembleia Geral ou das Organizações Regionais, com o consentimento do Conselho de Segurança, que pode ser até mesmo posterior a intervenção armada, formalizando assim a legalidade das intervenções unilaterais.

A autorização ampla e autoatribuída como uma responsabilidade para proteger é, sobretudo, dos estados ocidentais em detrimento dos demais. É evidente que não se pensou em qualquer possibilidade contrária, já que o discurso dos direitos humanos, com a globalização, passou a suplantiar também a necessária democracia liberal.

Entendemos, portanto, que a intervenção humanitária constitui um notório caso de inversão dos direitos humanos, pois “assume-se integralmente a possibilidade de violação dos direitos humanos em nome da prática de violação dos direitos humanos daqueles que se pretende combater. A inversão estaria na violação para proteção, ou seja, na adoção integral do princípio de que é permitida a violação dos direitos humanos daqueles que os violam, ainda que para isso se produzam “efeitos colaterais” piores que a própria violação originária” (Ricobom, 2010: 316).

Aliás, a história da construção ocidental dos direitos humanos é marcada pelo princípio da inversão, pois sempre foram identificados inimigos a combater para os quais não valem as mesmas garantias e valores, ainda que universais, de proteção do indivíduo. Essa é a lógica perversa que é muito bem instrumentalizada nas relações internacionais atuais. Primeiro é crucial a identificação do mal, para

potencializar o discurso do medo e flexibilizar assim as garantias mais elementares de um ser humano. É só observarmos a guerra contra o terror. Estará lá, nua e crua, a violência cruel e absoluta contra os inimigos, em nome dos valores ocidentais.

Os 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: uma Visão da Favela

Jan Carlos da Silva¹

Introdução

Desde o surgimento dos Direitos Humanos no cenário internacional em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), eles têm sido utilizados pelos Estados como retórica tanto para legitimar violações dos direitos humanos, quanto impedimento para a sua própria efetivação. Apesar da hegemonia incontestável como linguagem de dignidade humana (Santos, 2013), os direitos humanos continuaram sendo violados, mesmo após a Declaração (Douzinas, 2009: 20). A ideia de direitos universais, válidos para todos, obtidos por consenso histórico afasta os direitos humanos das lutas sociais que são na verdade o único fundamento fático para a efetivação dos direitos humanos. Sem a pressão social que ocorre a partir das lutas sociais engendradas pelos movimentos sociais, os direitos humanos não teriam sido positivados na forma de leis ou de tratados internacionais. Sem a contínua pressão desses movimentos os direitos humanos vão continuar apenas no papel e não serão efetivados.

A DUDH é um marco histórico de reconhecimento dos direitos humanos como direitos universais de toda a humanidade². Porém, a

¹ Geógrafo, com mestrado em geografia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (Brasil); Professor de geografia no Programa de Educação de Jovens e Adultos da Prefeitura do Rio de Janeiro (Brasil); Advogado, com mestrado em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (Brasil).

² Apesar de perspectivas diferentes, BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992; HERRERA FLORES, Joaquín. A reinvenção dos direitos humanos. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009; MOYN, Samuel. O futuro dos direitos humanos. Sur: Revista internacional de direitos humanos 20, 2014, p. 61-69; e, GALLARDO, Helio. Teoria crítica: matriz e possibilidade de direitos humanos. São Paulo: Editora Unesp, 2014; situam a Declaração Universal dos Direitos Humanos como evento fundador dos direitos humanos no plano internacional.

tese de que o consenso entre Estados levou a celebração da Declaração não é aceita por todos (Moyn, 2010)³, pois não havia consenso interno nem nos Estados que assinaram a Declaração 1948 (Gallardo, 2004: 18-21). A DUDH foi negociada, não havia aceitação geral. Ela não foi uma resposta ao Holocausto, mas sim, uma forma de expressar uma visão social-democrática (Moyn, 2010).

Muitos autores⁴ situam a Declaração de 1948 como uma resposta às graves violações dos direitos humanos ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, ao Nazismo e ao Holocausto. Mesmo assim, por ainda não estarem realmente embasados em lutas sociais, em décadas subsequentes a assinatura da Declaração, os direitos humanos passaram a ser utilizados como desculpa para a sua própria violação: ditaduras que se instalaram e intervenções militares que se impuseram para salvar a democracia, guerras para assegurar a paz, violações dos direitos humanos em nome de liberdade, e muitos outros casos em que “um poder ou uma autoridade viola os direitos humanos determinados para castigar uma intenção de violação a esses mesmos direitos que se proclamam universais ou legítimos” (Gallardo, 2014).

Na segunda metade do século XX, mais precisamente depois da Declaração Universal, os direitos humanos foram transformados em elemento legitimador da democracia internamente em cada país e no âmbito externo, da comunidade internacional (Moyn, 2010). Apesar de serem o resultado de um momento histórico, passaram a ser considerados como algo dado e evidente, catapultados para fora do campo de lutas e fundamentados num plano metafísico, essencializados, ou quando historicizados, vistos como resultado de um acordo, de uma concessão de Estados soberanos, e não como resultado de lutas sociais por dignidade. A noção de que os direitos humanos seriam o resultado de um consenso entre Estados ou de mera resposta ao nazismo serviu apenas para afasta-los dos movimentos e das causas sociais.

³ MOYN, Samuel. *The last utopia: human rights in history*. Harvard University Press. Cambridge, MA/London, 2010; contesta a ideia de consenso entre os Estados em 1948.

⁴ GALLARDO, op. cit., pp. 18-21; HERRERA FLORES, op. cit., p. 29-31 e 43; BOBBIO, op. cit.; COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pp. 237-238; PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2015. Pp. 51-52.

A despeito de todo o debate sobre os direitos humanos, o conceito a ser utilizado aqui será de direitos humanos como **processos sociais, resultado das lutas dos seres humanos por dignidade** (Herrera Flores, 2009: 34). Desse modo, eles não são considerados com o resultado de um consenso (Bobbio, 1992: 26 e 34)⁵, mas dos conflitos sociais. Os direitos humanos surgiram nas lutas sociais por melhores condições de vida e de reivindicações por direitos que objetivam a dar dignidade aos seres humanos. Portanto, os direitos humanos são históricos, pois se concretizam nas lutas sociais (Costa; Sousa Junior, 2009: 25) ao longo da história até “transformar-se em opção jurídica indeclinável” (Lyra Filho, 1982: 5).

Tomados como resultados de lutas sociais por dignidade, os direitos humanos, devem ser garantidos por normas jurídicas, por políticas públicas e por uma economia que esteja aberta às exigências da dignidade (Herrera Flores, 2009: 39). Neste sentido, vistos como produto da luta dos povos por libertação, e não de uma concessão, os direitos humanos possuem grande potencial emancipatório, que necessita de contínua pressão social, pois não estão consumados ou aceitos (Gándara Carballido, 2014).

A fundamentação dos direitos humanos está na sociedade civil e nos seus movimentos e mobilizações contestatórias, ou seja, as lutas sociais. (Gallardo, 2014) “O debate conceitual dos direitos humanos encontra, como fundamento teórico, um caminho orientado pela ação humana organizada em processo de libertação” (Escrivão Filho; Sousa Junior, 2016: 31). Apesar dos antecedentes dos direitos humanos estarem situados na história, principalmente em doutrinas filosóficas, jurídicas e religiosas, que ao mesmo tempo difundiram ideias de universalidade da experiência humana e a individuação dos grupos humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi uma proposta de universalização dos direitos para toda a humanidade.

⁵ O autor afirma que um consenso histórico levou a afirmação dos direitos humanos com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

O multiculturalismo brasileiro: a favela é outro lugar

A ideia de universalidade dos direitos humanos também é bastante discutida como imposição cultural da civilização ocidental, onde esses direitos se desenvolveram inicialmente. A própria Declaração de 1948 foi obra das potências ocidentais vencedoras da Segunda Guerra Mundial. “A noção de universalidade vem embutida a uma noção ideológica de superioridade, e um processo histórico de imposição cultural, política e econômica” (Idem: 33). Esse discurso, muitas vezes é acompanhado da retórica da difusão do modelo de democracia ocidental como necessária para a implementação dos direitos humanos e vice-versa.

Apesar de todas as esperanças e dos bons sentimentos suscitados pelos direitos humanos, existe uma diferença entre o que se diz e o que se faz em direitos humanos. (Gallardo, 2014) O discurso geopolítico, de segurança nacional e da soberania do Estado leva a relativização dos mesmos, e abre espaços para a sua violação pelo próprio Estado que deveria protegê-los. A subordinação da sociedade ao capital, também leva à subordinação dos direitos humanos, pois a promessa de maior produtividade capitalista nega direitos ou reduz sua ação. Assim, a separação dos direitos humanos do contexto de lutas sociais impede a criação de uma cultura de direitos humanos e a existência dos mesmos como movimento social.

Um ano antes da assinatura da Declaração, foi criada no Rio de Janeiro, em 1947, uma comissão oficial de erradicação das favelas da cidade. O Código de Obras de 1937 tentava invisibilizar as favelas ao torná-las ilegais e sujeitas a erradicação, mas pouco havia sido feito nesse sentido. A Constituição de 1946, marco de redemocratização do país, não previu o direito à moradia, mas havia um rol de direitos que ao menos no papel eram garantidos. Os favelados ganharam visibilidade na eleição da constituinte de 1946, realizada em 2 de dezembro de 1945, quando ajudaram o Partido Comunista a obter cerca de 10% dos votos do pleito. O próprio partido veio a ser proibido em 1947. Todos os eventos: desde a erradicação de favelas e a expulsão dos seus moradores para subúrbios distantes até a decretação da ilegalidade de um partido político e a cassação de seus representantes eleitos, contrariam os ideais da Declaração que viria a ser assinada em 1948 pelo Brasil.

Em 1950, existiam no Rio de Janeiro 59 favelas. A cidade, onde habitavam mais de 2,3 milhões de pessoas, possuía cerca de 169 mil favelados. Nos próximos 40 anos, a população da cidade duplicaria enquanto a de favelados quintuplicaria. (Campos, 2005) A primeira favela do Rio de Janeiro, e do Brasil, aquela que veio a dar o nome a todos os outros agrupamentos de casas construídas com o rebotallo de materiais de construção e restos de madeira, encarapitada nas encostas do Morro da Providência, moradia de gente pobre, muitas delas negras, o Morro da Favella, começou a ser ocupada por volta de 1893/1894 (Abreu, 1994), por moradores do cortiço conhecido como Cabeça de Porco despejados naquele período.

Não é coincidência o surgimento da primeira favela que se consolidou ter ocorrido num momento de acirramento da perseguição aos cortiços, e o posterior aumento das favelas estar ligado às políticas de erradicação das habitações coletivas, e da falta de moradia. A história do surgimento e crescimento das favelas está ligada à história da perseguição e do declínio dos cortiços, da mesma forma que as políticas de perseguição e erradicação deste continuaram como políticas públicas para aquelas. Também não é coincidência que a favela como uma solução das classes populares ao agravamento da questão urbana e da falta de moradias aumentada pela urbanização e exacerbada pelos poderes públicos tenha surgido num momento em que o abismo social brasileiro foi criado (Souza, 2003).

Em 1897, vieram se juntar aos moradores remanescentes do Cabeça de Porco, os soldados que retornaram do sertão baiano, ex-combatentes da campanha de Canudos⁶. Foram eles que deram o nome ao morro, que em algumas décadas iria denominar todas as aglomerações urbanas daquele tipo na cidade e de modo geral no país.

Além do mito fundador da favela que a associava com o Arraial de Canudos, ou seja, um lugar *desordenado* e *precário*, (Abreu, 1994: 33) “um perigo para a ordem social”, e os seus moradores a um “comportamento moral revoltante”, marcado pela *promiscuidade* e

⁶ Sobre moradia popular no Rio de Janeiro na virada do século XIX para o século XX, ver: VAZ, Lilian Fessler. Dos Cortiços às favelas e os edifícios de apartamentos — a moradia no Rio de Janeiro. Revista Análise Social, vol. XXIX (127), 1994 (3º), pp. 581-597.

o *deboche*; (Idem: 35) os primeiros cronistas da favela associaram-na com a “miséria indolente”, ou como uma doença social, que precisa ser erradicada, como na charge publicada em 1904 em que o sanitarista Osvaldo Cruz aparece retirando piolhos de uma cabeça que retratava a favela, e os piolhos os seu moradores. O título de charge era “Uma limpeza indispensável”, ou seja, a favela era identificada como uma doença social e os favelados como parasitas sociais. Essa imagem dos favelados como elementos parasitários da cidade, aqueles que sugam a sua energia, mas que não contribuem para o seu desenvolvimento, perdurou ao longo de todo o século XX chegando aos dias de hoje, podendo ser identificada nos discursos, tão comuns, contra os pobres e os beneficiários de programas sociais.

Tanto a legislação quanto as políticas públicas que instrumentalizaram o direito, se deram no sentido de caracterizar as favelas como espaços da ilegalidade, que deveriam ser erradicados do tecido urbano. Os moradores das favelas eram tratados como subcidadãos, que não tinham direito pleno à cidadania e à cidade oficial. Nesse sentido, a legislação e a atuação dos poderes públicos, reforçaram o processo de segregação socioespacial e até mesmo o direcionaram no espaço urbano, mostrando os espaços onde poderia se localizar determinadas atividades e determinadas classes. Quanto a favela, podemos afirmar que ela foi muito mais reprimida nos bairros mais valorizados e de maior especulação imobiliária, e permitida nos bairros menos valorizados. Aos favelados, além de serem negados os direitos à cidadania plena, também foi negado o direito ocupar espaços de uso comum na cidade, a medida que foram aos poucos transferidos para bairros mais distantes com menos equipamentos urbanos. A associação dos favelados ao *status* de ilegalidade das favelas produziu mais marginalização, desta vez institucionalizada.

Ao longo dos mais de 100 anos de história das favelas cariocas vários estereótipos pejorativos dos favelados foram construídos. O estigma de ser favelado, além do “conjunto de pês: pretos, pobres e proletários privados de propriedade”⁷, não é apenas ser morador da

⁷ Algumas visões otimistas da favela podem ser encontradas no livro produzido pelo Data Popular e a Cufa (Central Única das Favelas): Meirelles, Renato. Um país chamado favela: a maior pesquisa já feita sobre a favela brasileira. São Paulo; Editora Gente, 2014. Pp. 134.

favela, significa também ser ilegal, marginal, indolente, preguiçoso, esbulhador, e a partir dos anos 1990, passou a significar também bandido. O termo favelado tornou-se um xingamento, uma ofensa. A despeito da glamorização e da idealização da imagem do favelado produzida nas músicas, novelas e filmes como “Orfeu Negro”, ser chamado de favelado em alguns casos pode ser considerado um xingamento.

Desde o início da história da favela os seus moradores não aceitaram pacificamente, muito menos passivamente, o estigma. As manifestações artísticas e culturais nascidas nas favelas, que inúmeras vezes foram apropriadas e resignificadas pelas elites culturais, mostram que apesar de aceitar ou muitas vezes demonstrar aceitar determinadas imposições, os favelados resistiram e continuam a resistir. Lutando contra esses estereótipos, os favelados criaram identidades que a despeito de aceitar a partição cidade x favela ou morro x asfalto, criaram um novo mundo e uma nova cultura, que se reconhece, se autoafirma. Mesmo que a injustiça econômica sofrida não tenha sido superada; a injustiça social, cultural ou simbólica, vem aos poucos num esforço de auto reconhecimento, ocorre com a autossuperação, apesar do reconhecimento dos favelados como pessoas iguais, mercedores de plena cidadania ainda não ter ocorrido de forma geral. Neste sentido, a favela ainda necessita de políticas de reconhecimento para um correto enquadramento dos *status* social, além de políticas de redistribuição para corrigir a má-distribuição de renda⁸.

Os direitos humanos como discurso de dignidade humana podem servir à luta dos favelados por políticas públicas de reconhecimento e de redistribuição, mas o discurso de segurança, se universaliza com base na linguagem dos direitos humanos, a favela é invisibilizada, ou colocada como o outro, nem sempre sujeito de direitos.

Na favela, nem liberdade, nem igualdade

A Declaração trouxe “uma concepção inovadora, ao atribuir aos direitos humanos o caráter de unidade indivisível, inter-relacionada

⁸ Sobre o debate Reconhecimento x Redistribuição, ver: FRASER, Nancy; e, HONNETH, Axel. ¿Redistribución o reconocimiento? Um debate político-filosófico. Madrid: Ediciones Morata, 2006.

e interdependente” (Piovesan, Gotti, Martins, 2004: 45). Assim, não existe dimensão de direitos que tenha maior valor do que outras, os direitos econômicos, sociais e culturais apresentam a mesma importância e estão na mesma hierarquia dos direitos civis e políticos, e integram a “concepção contemporânea de direitos humanos” enunciada e reiterada, respectivamente na Declaração Universal de 1948 e no Declaração de Viena de 1993. (Gomes, 2011)

Como dito anteriormente, uma política de direitos humanos para a favela deve abranger políticas públicas de reconhecimento e de redistribuição. Na cidade do Rio de Janeiro quase 1,5 milhão de habitantes, ou seja, um de cada quatro (1/4) cariocas mora em algum tipo de favela. A população de favelados da capital fluminense é maior do que a população total da segunda cidade do estado, São Gonçalo⁹. Quase metade desses moradores de favelas estão concentrados na Zona Norte da Cidade. Apenas um em cada cinco moradores de favelas, vivia em 2010, em favelas consideradas urbanizadas, sendo proporcionalmente a Zona Sul, a região da cidade que tem o maior número de moradores de favelas urbanizada, 33%. Esse dado nos mostra a seletividade do poder público ao tratar do espaço urbano, a área mais privilegiada da cidade, é também a mesma região com o maior número de moradores de favelas urbanizadas.

As favelas cariocas continuaram crescendo num ritmo muito mais acelerado do que o do restante da cidade¹⁰. Na primeira década do século XXI, a população favelada em média cresceu mais de 15% em todas as zonas da cidade, exceto a Zona Norte onde cresceu 11%, porém na Barra/Jacarepaguá o crescimento foi de 53%. O crescimento do restante da cidade foi inferior a 10%, com exceção da Barra/Jacarepaguá que cresceu 28, porém as Zonas Norte e Sul tiveram um decréscimo populacional de 1% na década. Essa disparidade entre o alto crescimento populacional da favela e o baixo crescimento do restante da cidade revela que a crise habitacional perdura, e que a fa-

⁹ Dados estatísticos do Censo demográfico do IBGE de 2010.

¹⁰ Sobre dados populacionais das favelas cariocas, ver: Coleção Estudos Cariocas. Publicação virtual de estudos e pesquisas sobre o Município do Rio de Janeiro, abrigada no portal de informações do Instituto Municipal Pereira Passos da Secretaria Extraordinária de Desenvolvimento da Prefeitura do Rio de Janeiro (IPP): www.armazemdedados.rio.rj.gov.br

vela realmente se afirmou como uma alternativa para a habitação da população mais pobre e até da classe média baixa.

Essa população de moradores da favela é mais significativa na Zona Norte da cidade, onde residia em 2010 cerca de 45% da população de favelados da cidade. No Centro e a Zona Sul morava, respectivamente, cerca de 5% e 12% da população favelada da cidade, revelando mais uma vez o resultado das políticas seletivas do poder público no sentido de limitar a construção e o crescimento de favelas áreas mais valorizadas da cidade.

Apesar de certo desenvolvimento econômico, as favelas cariocas apresentam ainda índices de escolaridade bem abaixo da média da cidade. Desse modo, um dos desafios para resolver a questão da subcidadania é dar acesso a todos os moradores das favelas à educação de qualidade, e dar oportunidade para que todas as crianças e jovens possam realmente estudar. A universalização da educação em todos os níveis, não só do direito à educação básica, é essencial para a democracia.

A marginalização da população pobre apenas agrava mais os problemas sociais e a violência urbana, além de mostrar o caráter desigual da sociedade brasileira, dando a entender para os mais pobres que o Estado funciona apenas para os mais ricos e que o direito atua como uma instituição de manutenção das desigualdades sociais.

Os dados estatísticos das favelas cariocas nos mostram que a diferença entre os níveis de escolaridade entre a população favelada e não-favelada na cidade do Rio de Janeiro fica evidente. O analfabetismo entre adultos, no ano de 2000, segundo o Censo realizado pelo IBGE, era de 2,8% da população não-favelada, já dentre os favelados, o número de analfabetos era mais do que o triplo, chegando a 9,8%. A escolaridade média dos moradores das favelas, em números de anos de estudos, é quase a metade dos moradores não-favelados da cidade. Já a escolaridade superior, aquela identificada pelo grau de escolaridade de mais de 12 anos de estudos, dentre os favelados era onze vezes menor do que entre os moradores de outros bairros da cidade, 2,2% e 24,5%. Além disso, os níveis de escolaridade dos moradores das favelas cariocas estão todos abaixo das médias da cidade. A taxa de analfabetismo nas favelas é mais do que o dobro do restante da cidade. O analfabetismo dentre os favelados com mais de 25 anos é

quase 150% maior do que a média do município. Da mesma forma, aqueles que têm mais de 12 anos de escolaridade na favela é quase dez vezes menos do que no restante da cidade.

Desse modo, podemos perceber que a efetivação dos direitos humanos tem falhado na efetivação de direitos básicos não só como moradia, mas também em educação, sem falar em muitos outros direitos, que na favela são desconhecidos.

Direitos humanos contra os direitos humanos: o neoliberalismo e as políticas de segurança

A inovação da Declaração de 1948 ao comungar os valores liberais da liberdade com os valores sociais da igualdade, ao declarar a indivisibilidade dos direitos humanos, e a impossibilidade de existir liberdade sem igualdade e de igualdade sem liberdade. Desse modo, os direitos civis e políticos declarados dos artigos 3º ao 21 não podem ser dissociados dos artigos 22 a 28 que declaram os direitos econômicos, culturais e sociais.

A ilegalidade fundiária, associada ao “*status* ilegal das favelas” (Gonçalves, 2013: 77) prejudicou o exercício da cidadania para os favelados. A *ilegalidade ambígua*, como causa e consequência da marginalização da favela, permitiu a exclusão social dos favelados e se deu como forma de controle de poder dos mesmos.

Como o *status* jurídico de ilegalidade da favela foi aos poucos se sedimentando, (Idem: 175) seus moradores foram associados a “meus esbulhadores do alheio”, (Idem, 174) ou seja, usurpadores da posse, pessoas que haviam se apossado de terreno alheio e até poderiam ser tratadas com violência numa possível desocupação.

A alegada falta de recursos para a construção de moradias e para a promoção de outros direitos sociais foi e continua sendo utilizada para negar direitos humanos aos mais pobres e vulneráveis. Da mesma forma, as políticas de segurança adotadas a partir do final dos anos 1980 e início dos anos 1990, marcados por inúmeras chacinas nas favelas da cidade do Rio de Janeiro, inauguraram uma política pública violenta, travestida de guerra às drogas, que mais uma vez associaram os moradores das favelas como o banditismo e a criminalidade. Seus

moradores não ficariam marcados apenas pela violência, mas também por novos estereótipos que surgiram no bojo dessa nova imagem da favela, que pautou políticas públicas, prioritariamente na área de segurança, e tem custado a vida de muitas faveladas e favelados.

Ao longo dos anos, tanto a legislação quanto as políticas públicas que instrumentalizaram o direito, se deram no sentido de caracterizar as favelas como espaços da ilegalidade, que deveriam ser erradicadas do tecido urbano. Os moradores das favelas eram tratados como subcidadãos, que não tinham direito pleno à cidadania e à cidade oficial. Nesse sentido, a legislação e a atuação dos poderes públicos, reforçaram o processo de segregação socioespacial e até mesmo o direcionaram no espaço urbano, mostrando os espaços onde poderia se localizar determinadas atividades e determinadas classes. Quanto a favela, podemos afirmar que ela foi muito mais reprimida nos bairros mais valorizados e de maior especulação imobiliária, e permitida nos bairros menos valorizados. Aos favelados, além de serem negados os direitos à cidadania plena, também foi negado o direito ocupar espaços de uso comum na cidade, a medida que foram aos poucos transferidos para bairros mais distantes com menos equipamentos urbanos. A associação dos favelados ao *status* de ilegalidade das favelas produziu mais marginalização, desta vez institucionalizada.

O ápice dessas políticas de segurança e segregação foi a Unidade de Política Pacificadora (UPP), muito parecida com as intervenções humanitárias realizadas pela Organização das Nações Unidas. Não podemos esquecer que o Brasil tem participado já algum tempo da missa de paz no Haiti, e que essa participação em Porto Príncipe tem servido de modelo para as forças de segurança para a atuação nas favelas cariocas. Assim, direitos humanos são violados em nome da defesa dos direitos humanos.

Violaciones a los Derechos Humanos y justicia en la Argentina

Javier Augusto De Luca¹

La Argentina adoptó para sí desde su origen la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. La influencia de la Declaración como norma consuetudinaria, de costumbre internacional, ha sido de gran importancia en la doctrina y la jurisprudencia argentinas. Hoy tiene jerarquía constitucional².

Sin embargo, en varios períodos posteriores a la Segunda Guerra Mundial se produjeron golpes de estado encabezados por militares que estatuyeron gobiernos donde muchos de los derechos allí consagrados fueron limitados o restringidos.

Pero el 24 de marzo de 1976 hubo un golpe de estado más grave que los anteriores. Sus mentores lo autodenominaron “Proceso de Reorganización Nacional”, para indicar que se ordenarían las cosas de acuerdo con determinada ideología, bajo la concepción de que en las Fuerzas Armadas residía la reserva moral de la patria, un símbolo preconstituyente o prelegal. Los miembros de las Fuerzas Armadas estaban llamados a cumplir una misión cuasi religiosa y preexistente al Estado mismo.

El período³ de este último golpe de estado alcanzó un nivel de violencia social y unas características que permitieron calificarlo como de “terrorismo de estado”, porque desde la conducción del Estado se

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Profesor titular Asociado de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Presidente del Grupo Argentino de la Asociación Internacional de Derecho Penal (IALP-AIDP). Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal (Argentina).

² Art. 75, inc. 22, Constitución Nacional de la Argentina.

³ En realidad la represión ilegal comenzó antes, en el último período del gobierno democrático que fue destituido por los militares mediante el golpe de estado. Durante ese lapso se gestaron ya acciones de represión ilegal sistemática, especialmente por grupos de paramilitares al amparo no explícito del gobierno.

concibió y dirigió un plan sistemático de eliminación de opositores políticos y sociales.

Los gobernantes de facto se pusieron a crear enemigos como modo de hacer política y ejercer soberanía. Enemigo no era alguien real que realizaba acciones terroristas concretas, sino el que el gobierno de facto designaba como tales, siguiendo la idea de que gobierna quien tiene el poder de crear enemigos y decidir sobre el estado de excepción⁴.

Se instaló la represión clandestina y criminal de toda persona que, aun sin haber hecho nada, se opusiera —real o posiblemente— a ideas y políticas consideradas “occidentales y cristianas” y a un imaginario “ser nacional”.

La metodología empleada consistió en otorgar a los cuadros inferiores una gran discrecionalidad para privar de libertad a quienes aparecieran, según la información de inteligencia, como vinculados a la subversión o grupos discrepantes, para que se los interrogara bajo tormentos y se los sometiera a regímenes inhumanos de vida en centros clandestinos de detención; también para apreciar el destino final de cada víctima, tal como su ingreso al sistema legal, la libertad o la eliminación física. Apareció el concepto de “desaparecido” con el ocultamiento de las personas secuestradas y de los cuerpos de los asesinados, con la consecuente privación del duelo para sus familiares y allegados. Hubo saqueos y apropiaciones de niños menores de edad de las personas detenidas y de los bebés nacidos en cautiverio.

Coexistieron dos sistemas jurídicos, uno formal visible conformado por normas de todo tipo y, otro, clandestino y paralelo de represión⁵.

El método de lucha empleado no fue el convencional, sino el llamado guerra moderna o contrarrevolucionaria, tomado de las experiencias proporcionadas por los oficiales franceses en Vietnam y Argelia, de organización celular, con grupos de oficiales vestidos de civil y en coches de uso particular, con impunidad asegurada y aptos para

Una vez producido el derrocamiento, las fuerzas armadas desplegaron un poder totalmente desatado de cualquier limitación legal.

⁴ Schmitt, Carl, en variados y conocidos trabajos. Analizado por Agamben.

⁵ Ver Coloquio de París, por Emilio Fermín Mignone, en la página web del CELS: www.cels.org.ar

dotar de mayor celeridad a las tareas de inteligencia y de contrainsurgencia⁶.

Expresamente se predicó que no se trataba de delincuentes comunes ni de una guerra convencional, para evitar el cumplimiento de las Convenciones de Ginebra. Igual a la teoría del partisano de Carl Schmitt (1963).

Su metodología se sustentó en tres ejes fundamentales. A) El concepto del terror hacia la población como arma. B) Sostener que el enemigo está dentro o forma parte de la población civil, y que como no tiene uniforme propio, sólo la autoridad puede identificarlos. C) Que la información es fundamental para la victoria armada que debe ser lograda a cualquier costo. La separación del enemigo de la parte de la población sana se transforma en una obsesión y la tortura pasa a ser el método por excelencia para obtener información.

“Subversión” es todo aquello que se opone al plan de Dios sobre la tierra (Robin, 2005: 7,8), lo cual explica el amplio espectro de “enemigos subversivos”, empleado como muletilla por quienes predicaban librar una cruzada contra el mal (Ousset, 1963: 205). El subversivo es un enemigo proteico, esencial, no definido por sus actos, cuya finalidad es subvertir el orden cristiano, la ley natural o el plan del Creador (Idem: 42).

También se enseñó con libros el del Coronel francés Roger Trinquier, “*La Guerra Moderna*” donde se teoriza acerca de la tortura y de otras prácticas, que después fueron desarrolladas en la Argentina⁷. La tortura es moralmente neutra. Se le carga la responsabilidad al terrorista, con el argumento de que “*sabe que, sorprendido y capturado, no puede esperar que le traten como un criminal ordinario o que se limiten a tomarle prisionero como hacen los soldados en el campo de batalla*”.

La justificación psicológica es clásica: “*Es doloroso permitir que la artillería o la aviación bombardeen localidades pequeñas, matando*

⁶ Ver sentencia de la Corte Suprema en el juicio a los Ex Comandantes en Jefe, en la colección de sentencia de la Corte, Fallos: 309:1689, en www.csjn.gov.ar

⁷ Trinquier, Roger, “*La Guerra Moderna*”, Ed. Rioplatense, título original “*La guerre moderne*”, traducido por el Capitán L.P. Pérez Roldán. p. 37/38.

mujeres y niños, mientras se consienta que el verdadero enemigo escape, porque no se ha interrogado propiamente" (ídem).

Hoy en día esa idea no se discute que se trató de "crímenes de lesa humanidad" o de un "genocidio" dirigido contra un grupo nacional caracterizado por su posición política (Feierstein, 2008: 37/46)⁸.

Eso se complementó con la destrucción de toda la documentación relacionada con la llamada "lucha contra la subversión"⁹, el dictado de una auto-amnistía tanto para militares y fuerzas de seguridad, como para los civiles de aquellos grupos que realizaron actos subversivos o de terrorismo¹⁰.

Cuando se recuperó la democracia, se nulificó esa auto-amnistía¹¹ y se dispuso el enjuiciamiento de los militares que comandaron las fuerzas armadas y dirigieron ese plan sistemático de represión ilegal de disidentes políticos. También se impulsó el procesamiento de los miembros de los grupos civiles subversivos.

Se celebró el primer juicio oral y público a los Comandantes en Jefe y el 9 de diciembre de 1985 se los condenó y tuvo por probado todo lo que se viene diciendo¹². La sentencia siguió la teoría de Claus Roxin sobre autoría mediata mediante el dominio de aparatos organizados de poder (Roxin, 1985: 300)¹³. La Corte Suprema de Justicia la confirmó un año después¹⁴. También se dictaron otras sentencias, a militares y a jefes de los grupos guerrilleros.

Luego vinieron las leyes de Punto Final (ley 23.942, de 1986) y de Obediencia Debida (ley 23.521, de 1987), dictadas en democracia pero bajo fuerte presión militar y sectores de la sociedad. En 1989 se

⁸ Ver también: Marcelo Ferreira, "Genocide, and its Definition as The Partial Elimination of a National Group". *Genocide Studies and Prevention*, vol. 8, 1 (Spring 2013): 5-19. 2013. <http://dx.doi.org/10.5038/1911-9933.8.1.3>.

⁹ Decreto PEN N° 2726, del 19/10/83.

¹⁰ Llamada "Ley de Pacificación Nacional", Decreto-ley o ley de facto N° 22.924.

¹¹ Ley 23.040.

¹² Ver la sentencia en la colección de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Tomo 309, volúmenes I y II. También puede verse en www.csjn.gov.ar.

¹³ Roxin, Claus, "Voluntad de Dominio de la Acción Mediante Aparatos de Poder Organizados", traducción de Carlos Elbert, Doctrina Penal, Buenos Aires, Depalma, Año 8, 1985, p. 399 y ss. Esta doctrina siguió siendo discutida y actualizada hasta el presente.

¹⁴ Corte Suprema, Fallos: 309.

produjeron indultos a procesados¹⁵ y en 1990 se indultó a quienes habían sido condenados, tanto militares como civiles de grupos que ejercieron la violencia armada y del sector económico que acompañaron a la Dictadura¹⁶.

Con la incorporación de tratados internacionales de Derechos Humanos a la Constitución se comenzó a dejar de lado una visión dualista del ordenamiento jurídico¹⁷, iniciando el camino de emplear las normas y la jurisprudencia internacionales como si fuesen propias (monismo)¹⁸.

Se producen declaraciones del Comité contra la Tortura (de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de la ONU)¹⁹, y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁰.

En ese período se concedieron extradiciones a criminales de la Segunda Guerra Mundial que habían ingresado cincuenta años antes a la Argentina, sobre la base de que esos delitos ya eran imprescriptibles al momento de su producción²¹.

¹⁵ Decretos del Poder Ejecutivo Nacional N° 1002/89, 1003/89, 1004/89 y 1005/89.

¹⁶ Decretos del Poder Ejecutivo Nacional N° 2741/90, 2742/90, 2749/90, 2744/90 y 2745/90.

¹⁷ Una concepción “dualista” predicará que el derecho internacional se aplica de las fronteras hacia afuera, y que las violaciones al derecho internacional solo hacen responsable al Estado en sí mismo y no a los autores individuales. El derecho local es el único que rige fronteras hacia adentro. Esto es inadmisibles en materia de violaciones a los Derechos Humanos, ya que, precisamente, después de la Segunda Guerra Mundial cambia esa concepción y los autores de crímenes de guerra, lesa humanidad, genocidios, y violaciones a los DD.HH. son responsables individualmente.

¹⁸ La concepción monista del derecho permite que el derecho internacional de los derechos humanos se deba aplicar automáticamente al ámbito local.

¹⁹ Comunicaciones N° 1/1988, N° 2/1988, N° 3/1988.

²⁰ Informe 28/92 del 2 de octubre de 1992, se pronunció sobre la incompatibilidad de las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida y de los Indultos con la Convención Americana de Derechos y Deberes del Hombre y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y recomendó al Estado argentino la adopción de medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de Derechos Humanos durante la Dictadura militar.

²¹ Caso “Priebke”, Fallos: 318:2148.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia en el caso “Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)” el 14 de marzo de 2001, donde se declaró que las leyes y actos de autoridad que impiden el juzgamiento y otorgan impunidad por estos hechos violan derechos reconocidos en la Convención a las víctimas y a sus familiares (arts. 8.1. y 25 de la CADH).

También en este período, en 1995 la Argentina aprobó la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de Naciones Unidas (del 26 de noviembre de 1968)²².

La doctrina advirtió que el preámbulo de dicho Tratado reconoce “*que es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional, por medio de la presente Convención, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal*”, lo cual significaba que consagraba como derecho positivo un principio que ya estaba vigente y que tenía fuerza jurídica en el ámbito del Derecho Internacional.

En tales condiciones fue perfectamente viable interpretar que si en el Derecho Internacional los delitos de esa naturaleza ya eran imprescriptibles, en el derecho local también debían serlo. Luego, la prescripción, amnistía e indultos para esta categoría de delitos de la década de 1970 no podían aplicarse, y tampoco operaría el principio de la ley penal más benigna²³. Las leyes de amnistía no podían oponerse a normas de jerarquía superior vigentes con anterioridad a los hechos (Parenti, 2010).

La ley 25.779 (2003) consideró que aquellas leyes eran insanablemente nulas. La jurisprudencia la apoyó. En este período la Corte Suprema dictó sentencia en los casos “Arancibia Clavel” (Fa-

²² Ley 24.584. Se le confiere rango constitucional en 2003 por medio de la ley 25.778.

²³ En la Argentina rige el control de constitucionalidad difuso y cualquier juez puede declarar la inconstitucionalidad de normas o de actos de autoridad cuando ello es determinante para decidir el caso que está juzgando; dicha declaración sólo tiene efectos en el caso concreto. El principio de ley penal más benigna se consideraba aplicable porque durante un tiempo intermedio entre la comisión del hecho y el momento del juzgamiento, había regido una ley que desincriminaba los hechos.

llos: 327:3312); “Simón” (Fallos: 328:2056) y “Mazzeo” (Fallos: 330:3248). La situación fue ratificada por la Corte Interamericana en el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, del 26 de septiembre de 2006.

En estos momentos los juicios siguen²⁴. También contra civiles cómplices. Cada sociedad encuentra una solución distinta a los conflictos del pasado, porque distintos han sido en cada tiempo y lugar (Werle, 2009; Werle, 2009). Al respecto, se han diseñado principios básicos a seguir, entre los que se destacan el de investigar las gruesas violaciones a los derechos humanos, hacer efectivo el derecho a la verdad mediante la creación de comisiones u otros cuerpos de investigación, acordar un especial estatus a las víctimas que les asegure el acceso a la justicia y la obtención de reparaciones, etcétera (Bassiouni, Rothenberg, 2010).

En la Argentina, la historia contemporánea ha demostrado que la sociedad no estaba preparada para el cierre de las investigaciones, ni se contentó con los “juicios por la verdad”. La sociedad quiso juicios penales, con todas sus consecuencias. Sólo así parece haberse llegado a la pacificación, por la exposición pública, la difusión y registración de los hechos, y las condenas de sus responsables, todo lo cual ha sido la única forma de reparar el dolor de las víctimas y familiares, y de contribuir al cese de la violencia social, latente en una serie de actores agazapados bajo la oscuridad de hechos que no salían a la luz.

Así, se dio por refutada la idea de que contra la subversión de los '70 se obró de modo tan brutal e irregular porque las reglas y forma de combate las había impuesto el agresor. Esta forma de razonar pasó a ser inaceptable entre nosotros porque significa equiparar a los efectivos de las Fuerzas Armadas y de Seguridad a una banda de delincuentes que obra sin ninguna regla. A esta teoría se la llamó “Teoría de los Dos Demonios” y no puede ser aceptada porque iguala términos que son (que deben ser) diferentes, porque omite tener en cuenta la razón filosófica, política y jurídica de la existencia del Estado mismo y sus agentes. Esa teoría no proporciona un fundamento legítimo al poder de las fuerzas armadas y de seguridad, sino que termina por justificar

²⁴ Pueden consultarse las estadísticas en www.mpf.gov.ar, en *link* “Derechos Humanos”.

un poder descontrolado, el poder por el poder mismo, es decir, un ejercicio del poder que carece de legitimación externa.

La no impunidad, la imposición de penas a los enjuiciados por estos hechos, constituye un mensaje que significa que el Estado rinde cuentas respecto de crímenes que fueron la expresión de la exorbitancia de la arbitrariedad del sistema punitivo acaecida hace treinta y cuatro años.

Con los juicios se afirma la idea de que no pueden existir dos derechos y estos procesos han demostrado que fueron los miembros de ese gobierno de facto quienes usaron la fuente productora del derecho, el Estado, para cometer los hechos más aberrantes. Fueron ellos quienes rompieron las reglas de reciprocidad preestablecidas, que dan base al principio de legalidad y en cuyo cumplimiento todos nos hallamos comprometidos. No puede concebirse una sociedad donde se exija al ciudadano el cumplimiento de la ley y se lo sancione por su violación si quien rompe ese compromiso es el propio Estado.

Con el enjuiciamiento el propio Estado rinde cuentas. Ya no es sólo la persona jurídica “Estado” quien responderá por estos hechos cometidos desde su seno sino las personas físicas que los llevaron a cabo que, desde de la Segunda Guerra y con motivo de las aberraciones comprobadas, pasaron a ser sujetos individuales del derecho internacional (al igual que las víctimas). La Declaración Universal de Derechos Humanos es precisamente su mejor expresión.

La lógica del “olvido”, de “dar vuelta la hoja” o del “no juzgamiento” con el fundamento de que de esa manera se corta una espiral o un círculo vicioso por el cual el nuevo Dictador empleará la misma lógica para juzgarnos injustamente a nosotros, nos lleva a un lugar donde no rige el Derecho sino el nudo poder de hecho. Es decir, ya no podrá hablarse de “justificaciones”.

Quienes sostienen esta idea no se percatan de que se apoyan solamente en un acontecimiento fáctico, el temor, de modo que incurren en una falacia consistente en hacer derivar el deber ser del ser. El castigo versa sobre la redignificación de las víctimas (Malamud Goti, 2001: 493 y ss.). Se trata de una forma de decirles a estos ciudadanos, que viven bajo el amparo de un sistema jurídico, que los hechos que los damnificaros no son indiferentes.

En cuanto a los autores y sus justificaciones (Zaffaroni, 2009)²⁵ se trata de seres humanos que han violado las leyes en las que ellos mismos creen, pero que para ellos no tenían el alcance de un imperativo categórico, sino condicionado, flexible o relativo en las circunstancias en que las violaron. Se trata de justificaciones a la desviación percibidas como válidas por los autores. El criminal de Estado se considera un mártir. Sólo admiten excesos o consecuencias inevitables no deseadas. Son moralistas que se ubican en la posición de restauradores de las circunstancias que permitirían volver a respetar ciertos valores (Idem).

En definitiva, la Argentina no ha ocultado su pasado dictatorial y de graves violaciones a los derechos humanos, sino que lo ha expuesto a la luz y tratado con profundidad, de manera democrática, respetuosa de los derechos de todos los involucrados. La gran discusión pública y la asignación de responsabilidades ha sido la forma de proyectar un presente y un futuro dignos. Y si algo se pone a la luz, se le aplicará la vieja regla que describió con maestría en la Corte norteamericana el Juez Brandeis: “la luz del sol es el más poderoso de todos los desinfectantes”²⁶.

²⁵ Zaffaroni Eugenio Raúl. *El Crimen de Estado como Objeto de la Criminología*, en Derecho y Barbarie, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires, abril de 2009; publicado también en “La Balanza de la Justicia”, compilador Joaquín P. Da Rocha, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 241; y en “*El Estado y la Emergencia Permanente*”, compilador Jorge Bercholc, Edit. Lajouane, Buenos Aires, 2007, p. 225.

²⁶ Caso “Cantwell vs. Connecticut” (310 U.S. 296, 310). Citado en el *leading case* “New York Times vs. Sullivan” (376 U.S. 254) del 9 de marzo de 1964, en el voto de los jueces Goldberg y Douglas.

La dignidad humana como Fundamento Universal de los Derechos Humanos

Javier Roldán Barbero¹

Este artículo está ordenado a partir de las respuestas a las preguntas-guía recogidas en la metodología presentada por los organizadores —Instituto Joaquín Herrera Flores (IJHF), Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH) y Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH)— para componer esta obra crítico-reflexiva sobre el Sistema Internacional de Derechos Humanos.

La DUDH es considerada como un marco de consenso universal alcanzado en 1948, que se ha desarrollado a lo largo del tiempo. ¿Cómo comprender el multiculturalismo y los enfrentamientos entre culturas a partir de los valores consagrados en el universalismo de los derechos humanos?

Más allá de las declaraciones nacionales de derechos, proclamadas en algunos países aun con aspiraciones internacionales, la DUDH, por su foro y forma de aprobación y por su misma vocación y denominación, llevaba impreso el sello de la mundialidad. En la votación producida el 10 de diciembre de 1948 no hubo votos negativos, pero sí 8 abstenciones que revelaban ya la fractura Este-Oeste y, en concreto, la disidencia del bloque soviético respecto a este código de valores tildado de ser de rostro occidental, más atento desde luego a los derechos civiles y políticos que a los económicos, sociales y culturales reivindicados por el comunismo.

¹ Profesor catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Granada (España) desde 2004; antes lo fue en la Universidad de Almería (España), desde 1995, donde tuvo asimismo la Cátedra Jean Monnet de Derecho Comunitario.

Con la descolonización y eclosión del Tercer Mundo, este nuevo bloque supuso en muchos terrenos un elemento de contestación del Derecho internacional heredado, básicamente concertado e impuesto por las potencias occidentales. Algunos países en vías de desarrollo recelaron, pues, del legado colonial y llegaron a alinearse, al menos estratégicamente, con el bloque soviético. Por tanto, a la división Este-Oeste se añadió, y en parte se superpuso, la división Norte-Sur como otro elemento de fractura de la sociedad internacional.

Con el fin de la guerra fría y el amansamiento contestatario, y división interna del Tercer Mundo, se pregonó un pensamiento único construido en torno a la democracia y al capitalismo liberal. Este estado de cosas estaba llamado a fortalecer y expandir los valores de la DUDH, por lo pronto a extenderlos a la “casa común europea”. La Conferencia y Declaración de Viena de 1993 marcaron la hegemonía liberal. Las potencias occidentales, a la cabeza de ellas Estados Unidos como única superpotencia, impondrían estos valores. El iusnaturalismo, basado en una realidad consustancial a la dignidad humana, apoyaría entre sus valedores esta filosofía. El universalismo de los derechos humanos no estaría basado, además, en una doctrina “absolutista” y “dogmática”, sino al contrario en una tolerancia y diversidad: en una filosofía que avalaba el relativismo, el pluralismo, la falta de verdades absolutas. Los derechos humanos no responderían al *diktat* occidental, sino a unos valores inherentes al ser humano y favorecedores, por añadidura, de la cooperación internacional, acordes asimismo con otros bienes públicos globales como el desarrollo económico y social de los pueblos y la paz y la seguridad internacionales. La DUDH y textos correspondientes fueron formal y nominalmente invocados por normas nacionales e internacionales.

Estas razones me parecen teórica y éticamente irrefutables. Sin embargo, en los últimos 25 años, y sobre todo en el siglo actual, se han producido hechos que vienen a cuestionar esa presunta universalidad de los derechos fundamentales. Veamos brevemente:

La democracia pluralista, representativa es más invocada y simulada que practicada. Asistimos a un poderoso influjo e injerencia de autocracias. Las distintas crisis, y sobre todo la galopante desigual-

dad, han hecho descreer de la democracia occidental y se producen violaciones groseras, y hasta ostentosas, de derechos fundamentales. El liberalismo económico y el político, afines en muchos sentidos, colisionan en otros. En este campo, ya se sabe, hay una tensión natural entre el idealismo y la efectividad; entre la teoría y la práctica. El nacionalismo y su hermano el populismo alimentan soluciones simples a problemas complejos. El Derecho y la dignidad humana son pisoteados, a veces en referencia a derechos inderogables, imperativos. Incluso en el mismo Occidente se producen enmiendas a los valores humanitarios. El multiculturalismo impone un relativismo a la concepción y protección de los derechos humanos. La plaga del terrorismo multiplica la dialéctica libertad-seguridad. Los derechos humanos son cosa, y responsabilidad también, de personas físicas y jurídicas, sobre todo empresas multinacionales, que escapan frecuentemente a las normas de sus países de origen. Muchos tratados internacionales y mucha jurisprudencia internacional aparejada en la materia no son observados. La inmigración pone de relieve las vergüenzas, el doble rasero, la hipocresía de las democracias (relativamente) prósperas. Es significativo que desde la misma familia universal de la ONU se afee el comportamiento en este ámbito de la UE y de sus Estados, entendidos normalmente, y con buenas razones, como abanderados de los derechos y libertades fundamentales.

Como botón de muestra, el informe de 2018 de *Freedom House* da cuenta de un deterioro, más que de un avance, de los derechos y del Estado de Derecho en numerosos países. Jurídicamente, no se puede, por consiguiente, hablar de un valor consuetudinario general y en todo su articulado de la DUDH. Aun así, no debemos cejar, ni mucho menos avergonzarnos, en la invocación de esos valores que no son privativos de una cultura, sino fundamento de la dignidad, convivencia y desarrollo humanos. Que cada gobierno pague sus culpas.

La interdependencia, indivisibilidad e interrelación de todos los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y el derecho al desarrollo) fueron reconocidas en la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993) como una complementariedad necesaria. En su opinión, ¿se ha consolidado este entendimiento de los derechos humanos en la práctica?

Todos los derechos humanos han de reposar en la dignidad humana. Todos ellos responden a un concepto libertario frente a un poder omnímodo del Estado. Por tanto, hay una base filosófica y ética común a todos ellos y, desde luego, una natural complementariedad entre ellos, tal como proclamó la Conferencia de Viena de 1993. Hay, pues, una presunción de coherencia, de sinergias entre los derechos y libertades fundamentales. Esa coordinación es particularmente notable entre algunos de ellos, suponiendo unos el corolario inevitable de otros: no hay libertades sin derecho a la vida, por ejemplo. Por otra parte, el liberalismo está bifurcado en sus ramas económica y política, y los apóstoles de este movimiento defienden la interacción y afinidad consustancial entre el liberalismo económico y el liberalismo político, ambos arrojados por la seguridad jurídica, por el Estado de Derecho.

Sin embargo, la interdependencia, indivisibilidad e interrelación de todos los derechos humanos encuentran algunos elementos de discusión y hasta de rechazo. Hay que recordar las clasificaciones que se pueden establecer entre los derechos humanos para dar idea de sus distintas categorías y concepciones: hay derechos de primera, segunda y tercera generación cuya consecución simultánea se ve con frecuencia entorpecida. Hay, como la anterior tipología encierra, un distinto grado de subjetividad, de justiciabilidad entre ellos. Por otro lado, el liberalismo económico, sobre todo cuando proclama la austeridad y el control del déficit como mantras, hace inviables, o los jibariza, los derechos sociales, tal como el panorama europeo con la Gran Recesión desatada en 2008 han puesto de relieve. Este estado de cosas reduce significativamente el margen de elección de los ciudadanos sobre su gobierno, que a su vez se encuentra condicionado, cuando no sobrepasado y secuestrado, por el “mercado”: ni Marx ni Keynes.

Hay otras formas de dividir y separar los derechos: derechos individuales y colectivos; a veces, estos últimos, como el de la autodeterminación o los derechos de los pueblos indígenas, colisionan con las libertades individuales. Hay jerarquía, hay graduación de valores también en los derechos humanos: algunos son inderogables, de *ius cogens*, no todos tienen la misma importancia axiológica y jurídica. Claro, también se trata de un problema de intensidad y frecuencia en la vulneración de los derechos. Hay obligaciones de resultado o de comportamiento, dicotomía también emparentada con la distinción precitada entre la primera y la segunda generación, entre los derechos subjetivos y no subjetivos. Esto da lugar a que el sistema de control y garantía de los derechos en el escenario interno e internacional difiera, siendo el de los derechos civiles y políticos más avanzado y más asumido por los Estados. Incluso entre los derechos civiles, como la libertad de expresión o el derecho a la intimidad, las relaciones pueden ser más de conflicto que de sintonía, de modo que hay que sopesar esta habitual antinomia.

Finalmente, no podemos soslayar los derechos emergentes, los reivindicados y aún no codificados. No faltan autores que previenen contra una banalización de los derechos fundamentales. Lo cierto es que los nuevos tiempos y retos, con las nuevas tecnologías, ofrecen preguntas nuevas al estado de los derechos humanos, de la misma dignidad humana, que se ve favorecida, pero también comprometida, por las nuevas tecnologías (robótica, inteligencia artificial).

Las distinciones de derechos hasta aquí apuntadas comprometen, pues, el valor de la indivisibilidad e interrelación de esta rama del derecho interno e internacional, del pensamiento político y filosófico, al tiempo que suponen un elemento más de duda respecto a la universalidad de los derechos, pues entre los países, más allá de la caída del bloque comunista, sigue habiendo distintas percepciones y prioridades sobre los derechos, entendiéndolo los países pobres el derecho al desarrollo, a pesar de su difícil aprehensión y de que sus propios gobernantes internos lo suelen contravenir, como el derecho primario frente al cual los demás palidecen. Ciertamente, una implantación real de los derechos humanos solo es posible con un nivel de desarrollo social; pero también es cierto que la miseria no debe ser una coartada para pisotear derechos inalienables de la persona humana. En el orbe desarrollado, por su parte, se conocen también contradicciones al ha-

ber una separación jurídica y de hecho de los derechos de nacionales y extranjeros; también al ensancharse la desigualdad interna; por último, al generar la globalización un fenómeno de competencia desleal que amenaza seriamente la pervivencia del Estado del bienestar.

¿Hasta qué punto las intervenciones “humanitarias” y la propia racionalidad neoliberal utilizan el discurso ambivalente de los derechos humanos para otros fines?

El Derecho internacional clásico, orientado a organizar y asegurar simplemente la coexistencia entre los Estados, estaba basado en una protección acérrima de la soberanía del Estado, de su integridad territorial e independencia política; consecuentemente, quedaba prohibida la intervención en los asuntos internos de terceros países. Este estado de cosas está aún entronizado en la Declaración 2625 (XXV), aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1970. Así, en sintonía con el tiempo y el signo de la bipolaridad, se vedaba en términos categóricos cualquier interferencia en la organización política de otro Estado.

Esa Declaración aspiraba a establecer un código esencial de convivencia entre las naciones, código en el que los derechos de los Estados primaban sobre los derechos de la persona humana. Con el tiempo, el valor de los derechos humanos ha ganado felizmente terreno en las relaciones internacionales, hasta el punto de consagrarse sin género de duda como un principio estructural, constitucional del Derecho internacional. Así pues, nos encontramos con una confrontación de valores en el Derecho internacional contemporáneo y en el emergente: por un lado, el derecho del Estado a su soberanía política; y por otro, el derecho de las personas a sus derechos y el derecho de la comunidad internacional a que esos derechos sean preservados y promovidos con independencia de la nacionalidad y la residencia de la persona, en la certeza, por añadidura, de que la conculcación grave, sistemática de los derechos humanos ataca otros valores esenciales.

El llamado derecho de injerencia humanitaria se enmarca en ese ascenso ético y jurídico de la defensa de los derechos fundamentales, especialmente de los más esenciales y en particular ante sus violaciones más flagrantes y severas. Esas intervenciones plantean el dilema

más extremo entre los derechos de los Estados (el derecho a no ser atacado por fuerzas exteriores) y del individuo (el derecho a que sus derechos sean protegidos, aun por la fuerza, por parte de terceros países que actúan en tutela de intereses generales, indisponibles ante una catástrofe humanitaria). La Carta de San Francisco parece prohibir en términos taxativos el uso de la fuerza armada, salvo en caso de legítima defensa o en caso de autorización o mandamiento por parte del Consejo de Seguridad de la ONU. Se trataba de alcanzar una paz a toda costa, aunque sea injusta. La idea de la guerra justa, indicada por nuestros clásicos, se ve reverdecida ante la posibilidad de un justo motivo que fundamente el recurso a la violencia. El propio tenor del artículo 2, 4, *in fine* de la Carta abre un margen, al menos dialéctico, para blandir y ejercer la fuerza cuando el Consejo de Seguridad se muestra inoperante y atenazado por el derecho abusivo del veto.

Por tanto, del derecho de injerencia se ha pasado a hablar incluso de un deber de injerencia, idea que terminó en 2005 generando el concepto, acuñado por Naciones Unidas, de la “responsabilidad de proteger”, que ha merecido una extensa bibliografía. El concepto, sin embargo, ha ido perdiendo consistencia ante una práctica errática, contradictoria, más animada por intereses políticos ocasionales que por el interés humanitario general, coronada a veces de sonoros fracasos.

En realidad, la intervención humanitaria, aunque deseable y acaso inevitable en algunos supuestos, tropieza con algunos obstáculos para su encuadramiento jurídico y político. Hay que tener en cuenta que el derecho de no intervención en los asuntos internos sigue presente, y crucial, en el ordenamiento jurídico internacional como corolario de un derecho que reconoce y tutela la soberanía, la igualdad de todos los Estados. Por otro lado, los intereses que animan esas intervenciones muchas veces son espurios, incluso inconfesables o falaces (ocupación de Irak en 2003). Finalmente, la práctica y la experiencia señalan que el resultado final de esas intervenciones suele ser negativo. El *ius post bellum* se revela con frecuencia más complicado que la regulación de las hostilidades, aun siendo todo conflicto armado en sí mismo, ineluctablemente, un desastre humanitario. El Estado que ha sido objeto de la intervención humanitaria suele terminar devastado y con un complejo proceso de restauración que las elecciones libres y vigiladas internacionalmente no siempre consiguen enderezar. La nue-

va naturaleza de las amenazas (híbridas) y de la guerra (asimétrica, de guerrillas) hace que el triunfo militar no siempre vaya acompañado de la paz interna ni de la mejora en el bienestar de la población a la que se pretendía liberar. Hay que situarse en una perspectiva temporal más lejana para concluir si aquella injerencia exterior finalmente mereció la pena o si, por el contrario, perjudicó más la vida y libertad de la ciudadanía local.

Estos resultados, más el gasto político, económico y humano que suele conllevar para las potencias intervinientes, determinan en los últimos tiempos una mayor circunspección a la hora de ejercer directamente la intervención humanitaria, de poner los pies en tierra ajena (“*boots on the ground*”). Es más corriente, y quizá más efectivo, formar a los propios cuerpos de seguridad internos, alentar a la oposición pacífica interna, aplicar sanciones desde el exterior, adjetivadas de “inteligentes” por el deseo de presionar y dañar a la jerarquía dirigente y opresiva y no de penalizar, doblemente, a la población que la sufre. En fin, dilemas éticos, políticos, culturales, jurídicos...

¿Cuál es en su opinión el valor jurídico de la DUDH en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos actual?

El valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos suscitó ya en su día, y sigue suscitando 70 años después de su aprobación, una viva polémica doctrinal y diplomática.

Conviene recordar, en primer lugar, su condición de resolución adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas. Como tal, tiene un valor *prima facie* recomendatorio. Sin embargo, el análisis debe ir más lejos. Según la doctrina señala, el valor jurídico preciso de estas resoluciones ha de ser determinado con arreglo a otros criterios propios de la resolución de que se trate: tenor de la resolución, resultado de la votación que la adoptó..., y desde luego la práctica posterior.

Esa práctica es más respetuosa y entusiasta en cuanto a la formulación teórica que al acoplamiento de la práctica, mucho más errática y a veces abiertamente vulneradora de la letra y el espíritu de la Declaración. Por tanto, se trata de indagar en el estado de la costumbre internacional general en este terreno, en la combinación de su elemento

espiritual (la *opinio iuris sive necessitatis*) y en su elemento material (la práctica internacional). Hay que anotar, y congratularse de ello, que el articulado de la Declaración Universal, y hasta su mismo texto en conjunto, han sido hechos suyos por numerosos ordenamientos internos, incluso en su misma norma constitucional. En el caso español, conviene recalcar el tenor del artículo 10,2, de nuestra Carta Magna, que otorga a la Declaración un valor hermenéutico para determinar el alcance, el sentido de los derechos humanos proclamados constitucionalmente. Asimismo, numerosos tratados internacionales, en su articulado o en su preámbulo (por tanto, con menor peso jurídico) invocan resueltamente la Declaración Universal, o por supuesto recogen todos los derechos enunciados en 1948. Todo esto —a lo que ha de añadirse la jurisprudencia interna e internacional— otorga a la Declaración un valor jurídico añadido, de orden interno o internacional, que supera notablemente el carácter meramente recomendatorio que tenía en un principio por ser una resolución de la Asamblea General.

La norma consuetudinaria, ya se sabe, es consustancialmente lábil y ello provoca distintas interpretaciones. De la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (Sentencia Nicaragua c. Estados Unidos de 1986) cabe inferir que el elemento espiritual es prevalente, sobre todo tratándose de valores fundamentales para la comunidad internacional, como es el caso. De todas formas, el jurista y el ciudadano de buena voluntad no dejarán de experimentar desazón ante las violaciones graves, impunes y hasta jactanciosas de derechos recogidos en la Declaración, mayores en los últimos años, hasta el punto de que se puede pensar que en la actualidad sería más difícil que en 1948 alcanzar un texto, ya con 193 Estados miembros en la ONU y mucho más heterogéneos que en los años 40 del pasado siglo, que fuera objeto de amplia mayoría. Se da además la paradoja de que el artículo 3 de la Declaración entrelaza el derecho a la libertad y a la seguridad, y es la invocación de este último bien el que está, con razón o abusivamente, cercenando las libertades. Ya se sabe, por otra parte, que el Derecho internacional, en términos generales, adolece de un impreciso umbral de normatividad.

En esta apresurada valoración jurídica de la DUDH no puede soslayarse la intensidad jurídica desigual de muchos de los derechos proclamados o que la Declaración en sí misma se ve limitada por carecer de un órgano de control llamado a interpretar y a garantizar su

efectividad. O también que muchos derechos nuevos han emergido en estos últimos 70 años renovando el panorama de esta rama del Derecho internacional. Lo que es igualmente irrefutable es que el texto de la Declaración seguirá siendo un instrumento ético, pedagógico, histórico, dialéctico cuando hablemos de la dignidad humana.

Trabajo Social y los Derechos Humanos desde un enfoque crítico: una aproximación al diamante ético

Jesús Delgado Baena¹
Nuria Cordero Ramos²

Derechos Humanos y trabajo social como productos culturales

La Federación Internacional de Trabajo Social (FITS) (2014) señala que

“[e]l trabajo social es una profesión basada en la práctica y una disciplina académica que promueve el cambio y el desarrollo social, la cohesión social, y el fortalecimiento y la liberación de las personas. Los principios de la justicia social, los derechos humanos, la responsabilidad colectiva y el respeto a la diversidad son fundamentales para el trabajo social”. En esta definición se reconocen claramente los vínculos entre el Trabajo Social y los Derechos Humanos, no obstante, conviene aclarar cómo entendemos dicha relación desde un enfoque crítico. Partiendo de las aportaciones de Herrera (2008) afirmamos que “tanto la dignidad humana como los derechos no son elementos aislados ni dados con anterioridad, sino que se construyen paso a paso por la propia comunidad o grupo afectado, lo que les otorga un carácter de derechos en movimiento que se pueden generar y revisar” (Herrera, 2008: 111).

Desde esta perspectiva crítica, el trabajo social es un producto cultural que está llamado a generar procesos para promover el acceso a los bienes materiales e inmateriales de una sociedad, es decir mejorar la calidad de vida de las personas de un territorio, garantizando la

¹ Trabajador Social. Docente del departamento de Trabajo Social y servicios sociales de la Universidad Pablo de Olavide (España). Profesor del Máster oficial de Derechos Humanos, Interculturalidad y desarrollo (España).

² Profesora Titular del Departamento de Trabajo Social y Servicios Sociales de la Universidad Pablo de Olavide (España).

dignidad de las personas o individuos de esa sociedad. Eso supone tomar distancia de la visión “universalidad abstracta” que subyace bajo las nociones de derechos humanos y justicia social enunciadas de forma genérica, para tener presentes los patrones culturales que operan en cada territorio y los procesos socio históricos de lucha que condicionan cada contexto. Concretamente, lo que predomina y se oculta detrás de estas afirmaciones universalistas es “*el sesgo occidental y, aún más, liberal occidental, del discurso dominante acerca de los Derechos Humanos*” (Santos, 2004:105), el cual se recrea en el acercamiento a las realidades sociales por parte del trabajo social.

Sin embargo, considerar los derechos humanos y el trabajo social como productos culturales nos ofrece la posibilidad de transitar de lo abstracto a lo concreto y de lo particular a lo general³, desde el reconocimiento de posibilidades diversas para enfrentar la indignidad. La finalidad de ambos productos culturales es la de potenciar condiciones de posibilidad en cada contexto a través de los procesos de lucha que lleven a cabo las propias personas afectadas.

Tal como se recoge en la obra de Herrera, los derechos humanos son entendidos como procesos culturales dinámicos que evolucionan a la vez que se retroalimenta de personas, de instituciones y de procesos históricos o contextos distintos (Herrera, 2006).

El autor insiste en la necesidad de hablar de las culturas cuando se habla de procesos. Primero se dan los procesos sociales y de desarrollo social y posteriormente se representa en procesos culturales. Por lo tanto, en el marco de la visión crítica, se entiende que el trabajo social proyecta una concepción de lo cultural articulada desde la capacidad de desarrollo social que generan las personas en su propia realidad. Esta capacidad es parte de un proceso histórico de luchas por la dignidad que van siendo transformados a través de prácticas humanas.

³ La expresión que utiliza Benhabib (2006) para ir de lo general a lo particular es el otro abstracto y el otro concreto. Lo recoge de la siguiente manera: “Veo la relación del otro generalizado con el otro concreto de acuerdo con el modelo de un continuo. En primer lugar, está el compromiso universalista con la consideración que merece todo individuo humano como merecedor de respeto de la moral universal [...] El punto de *vista del otro concreto*, está implícito en aquellas relaciones éticas en las que siempre nos hallamos inmersos en el mundo de la vida real”. (Benhabib, 2006: 23).

Para Martinelli (2011) “*o desenvolvimento da capacidade de realizar leituras críticas e políticas da realidade é um verdadeiro imperativo, pois é a partir dessa realidade que se instituem suas demandas*”⁴. En ese imperativo es donde las personas y colectivos construyen su propia identidad frente al resto del mundo. Al trabajo social le corresponde dialogar con las peculiaridades de las personas y los territorios para comprender sus demandas en los procesos de lucha social.

Los derechos humanos y trabajo social son productos culturales desde el cual “hacer y des-hacer mundos” (Herrera, 2005). Ambos están dotados de un carácter participativo, de acción y reacción ante realidades que deben ser transformadas. Así podemos decir que el producto cultural del trabajo social, desde una perspectiva crítica de derechos humanos, es potenciar acciones y reacciones simbólicas a través de las cuales intentar explicar, interpretar e intervenir en los procesos personales, grupales y colectivos. Se podría decir, tomando las aportaciones de Gallardo (2009) que los derechos humanos están en relación con la autonomía y autoestima humanas.

El diamante ético como herramienta del trabajo social para la aproximación a la diversidad cultural

Payne (1995) nos transmite que el trabajo social es un proceso que se construye socialmente a partir de tres aspectos: entorno social, las personas implicadas en la actividad y las teorías que de ella emanan. El “cómo” se relacionan en este proceso daría como resultado el trabajo social. Esta mirada integral nos acerca a lo que denomina el profesor Herrera Flores, el diamante ético.

El diamante ético, lo diseña el propio Herrera, partiendo de las aportaciones del diamante cultural, propuesto por Griswold (2004). Se trata de una propuesta metodológica que posibilita el análisis para acercarnos a las diversas realidades con una mirada compleja y relacional. Es una herramienta que permite observar y explicar las

⁴ “El desarrollo de capacidades para realizar lecturas críticas y políticas de las realidades es un verdadero imperativo, pues es a partir de esas realidades que se instituyen las demandas”

elementos que compondrán la figura global del diamante. El diamante está abierto para que se puedan ir añadiendo otros elementos, siempre y cuando sea argumentada y justificada su inclusión.

Desde el diamante, por ejemplo, podemos apreciar desde el trabajo social con colectivos vulnerables como se van construyendo las propias situaciones que provocan la vulnerabilidad en la propia comunidad y en relación con la cultura dominante. La exclusión o la vulnerabilidad dejan de ser algo abstracto y son reconocidas como procesos donde existen posibilidades u obstáculos para acceder a los bienes materiales e inmateriales y donde están operando las teorías, las relaciones sociales de producción, las fuerzas productivas y las instituciones. A su vez, las situaciones concretas de vulnerabilidad se encuentran atravesadas por procesos históricos que explican las posiciones y disposiciones de las personas y grupos que se ven afectados teniendo en cuenta las narraciones hegemónicas y contra hegemónicas. Por último, podemos ver como se manifiestan en los espacios y prácticas sociales concretas, el desarrollo y los valores multiculturales que subyacen en cada uno de los actores implicados.

Con esta perspectiva, se pretende “visibilizar” los potenciales que existen en cada contexto teniendo presente la dimensión cultural que está anclada tanto en las causas como en los resultados. El abordaje desde las distintas interacciones que se pueden dar entre todos los elementos que componen el diamante se convierte en estímulo para ampliar la mirada del trabajo social y los derechos humanos incluyendo el multiculturalismo.

Conclusiones

La declaración universal de los derechos humanos se marcó como la consagración de la aceptación de unos indicadores básicos universales sobre la dignidad de las personas. Desde este enfoque, los derechos humanos no son considerados principios absolutos, pues, como se ha venido exponiendo, ni siquiera su vocación universalista se convierte en garantía efectiva de protección para las personas (Cordero, 2014). El trabajo social, nace como instrumento para apoyar y satisfacer las necesidades básicas de las personas y, por lo tanto, generar procesos de dignidad humana. Ambos conceptos están relacionados de manera

intrínseca. En la actualidad vivimos en modelo Global insostenible, que genera desigualdades en todos los ámbitos, y ataca directamente a la dignidad de las personas.

La declaración universal que nace en este contexto, es una herramienta contemporánea, después de 70 años de la declaración entendemos que la situación de los conflictos internacionales, los enfrentamientos entre culturas y los valores consagrados en el universalismo de los derechos humanos están (o han estado) en una crisis permanente. El trabajo social como disciplina científica, impulsada en España a la sombra de la dictadura franquista y prosigue con el modelo de desarrollo neoliberal de mercado global, acompaña (y complementa), a la propia crisis de los derechos Humanos, entre otras cosas, poniendo los focos de la atención de la intervención social en el trabajo social de casos o entender el trabajo social como una herramienta meramente de apoyo individual, como si el problema de la exclusión social dependiera únicamente de elecciones individuales erróneas.

La concepción de lo cultural por parte del trabajo social en un marco de derechos humanos nos llama a realizar intervenciones sociales en marcos adecuados de reconocimiento de las especificaciones culturales individuales o colectivas de un territorio, dejando de lado las miradas universalistas que nos llevan a conceptos amplios que subyacen como complementos un modelo socioeconómico que genera desigualdades.

Es aquí donde entendemos que, si hablamos de trabajo social como herramienta de los derechos humanos en un modelo de desarrollo hegemónico, hay que hacerlo esbozando una integralidad de los derechos humanos y a partir de ahí generar herramientas científicas y metodológicas que amparen y apoyen a las teorías críticas de los derechos humanos, teniendo en cuenta la teoría crítica que propone el profesor Joaquín Herrera Flores, representada en el diamante ético.

Es aquí donde intentamos concebir una base teórica que complemente el trabajo social como herramienta para generar empoderamiento y procesos de dignidad humana; generando procesos alternativos a un modelo de sociedad que trate a las personas no como productores y consumidores, sino como sujetos con complejidades integrales satisfechas con bienes materiales e inmateriales.

Los Derechos Humanos en la era de Twitter: la tecnopolítica de los #RecientesMovimientosSocialesGlobales¹

Jesús Sabariego²

Futuro anterior: del fin de la historia al fin de la política

“Si fuera peligroso, estaría prohibido”
(Pintada en los baños de la facultad de Humanidades,
Universidad de Sevilla)

Para quienes crecimos entre los ochenta y los noventa del pasado siglo era costumbre asistir por la televisión a aquellos megaconciertos en el estadio Wembley de Londres que reunían a conocidas estrellas del rock, el pop o el reggae como Sting o UB40 con no tan conocidos músicos del llamado “Tercer Mundo”, Miriam Makeba, Hugh Masekela, entre otros, y que servían para recaudar fondos para las más diversas causas, desde el hambre a la lucha contra el apartheid. Estos megaeventos televisivos de la época emitidos por satélite a todo el mundo, ilustran a la perfección el progresivo proceso de despolitización del espacio de la izquierda ortodoxa tradicional en Occidente, que comienza en la década de los sesenta a través de las reivindicaciones contraculturales y las luchas sociales y políticas por cuestiones lejanas entonces para una izquierda esclerotizada por el peso de la URSS (Judt, 2011) y que van a tener sus epígonos en los movimientos

¹ Este texto es resultado de una investigación postdoctoral que desarrollo desde 2015, seleccionada en una convocatoria pública (BPD 2014), financiada por la Fundación para la Ciencia y la Tecnología de Portugal con fondos FEDER de la Unión Europea y desarrollada en el Centro de Estudios Sociales de la Universidad de Coimbra.

² Investigador em post doctorado del Centro de Estudios Sociales de la Universidad de Coimbra, con trabajos publicados sobre movimientos sociales, participación política y derechos humanos. Es Profesor del Máster oficial "Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo", interuniversitario UPO-UNIA y miembro del Instituto Joaquín Herrera Flores.

sociales por el reconocimiento de los derechos civiles, contra el racismo, la defensa de la ecología, la diversidad sexual y el feminismo, muchos de los cuales se expresarán a través de los movimientos del 68, con la progresiva relevancia de la reclamación incipiente por los derechos humanos desde un contexto instituyente (Herrera Flores, 2005), alejado de la esfera jurídica mainstream internacional (Judt y Snyder, 2012) cuya influencia hará que lo acaben asumiendo como parte de sus agendas, especialmente con la desintegración de la URSS y la caída del Muro de Berlín.

Los medios de comunicación de masas y las industrias culturales por excelencia en la época crecen exponencialmente desde la década de los sesenta abriendo nuevos mercados en otros contextos. Acabarán deviniendo su propio mensaje, parafraseando a MacLuhan (1964), inaugurando una nueva dimensión analítica en las ciencias sociales que transita de la sociología de la cultura al periodismo o la historia contemporánea, para construir una agenda política (Herman y Chomsky, 2008) que alcanza por esas fechas al ámbito académico. El proceso de desplazamiento de la agenda reivindicativa del espacio tradicional de la izquierda ortodoxa (August, 2009) al espacio de la cultura de masas (Adorno y Horkheimer, 1998) está caracterizado por la influencia sin precedentes en esta de la música pop³ y las industrias culturales en la reivindicación de los derechos humanos, siempre problemáticos para la izquierda ortodoxa en aquel tiempo, a partir de la politización y financiación de otros espacios tradicionalmente relegados a la esfera de organizaciones y entidades que se nutrían de las políticas del Estado del Bienestar.

Ese nuevo espacio de reivindicación de los derechos humanos es el de la solidaridad en el seno de la democracia representativa liberal en el capitalismo occidental y su capacidad de irradiación a otros contextos a través del alcance de las industrias culturales de masas aliado a la ideología occidental de los derechos humanos, de la mano de la venta de entradas, discos, la recaudación de fondos y la solidaridad y el asistencialismo desde Occidente hacia el Sur, sin cuestionar las con-

³ Aún con matices de *rythm 'n' blues*, la canción "Street Fighting Man", de The Rolling Stones, del disco *Beggars Banquet* (1968) o la banda sonora que estos compusieron para el *film Plus non Plus*, de Jean Luc Godard.

diciones de dependencia y los resortes y mecanismos que generaban esta, deuda, extractivismo multinacional, injerencias geopolíticas, el petróleo, las materias primas, etc., etc., todo ello bastante bien explicado por la Teoría de la Dependencia (Marini, 1973) y las violaciones de derechos en aquel, de las que el primero era responsable en gran parte. La lucha política se desplazaba hacia la oenegeización asistencial al desarrollo que alumbró los temas relevantes de la agenda, también en la investigación en ciencias sociales, durante la década de los noventa, sirva como testimonio la eclosión de programas de postgrado, masters y especializaciones universitarias en materia de cooperación al desarrollo y derechos humanos.

En síntesis, las coordenadas de la despolitización de los tópicos y espacios de lucha política que definían a la izquierda y formaban parte de su identidad hacia la politización de otros territorios y contextos discursivos están directamente relacionadas con el crecimiento del llamado Tercer Sector (Mendes y Araújo, 2013), en gran medida dependiente de las subvenciones provenientes de agencias públicas y privadas, con el auge del neoliberalismo, y la construcción de una agenda internacional de la cooperación, el desarrollo y los derechos humanos, a través del espacio proporcionado por los medios de comunicación de masas, en una escalada que arranca en los años sesenta del siglo XX y alcanza su plenitud a comienzos del siglo XXI con la celebración en Porto Alegre (Brasil) en enero de 2001, del primer Foro Social Mundial. Son las décadas de la contracultura a finales de los sesenta, la crisis del petróleo del 73, el Consenso de Washington y el establecimiento de los gobiernos neoliberales de Thatcher, Reagan, con Karol Wojtila al comando del Vaticano, que tienen como reacción la articulación de movimientos y protestas en aquellos lugares donde comienzan a aplicarse las recetas del neoliberalismo de la mano de movimientos sociales cuyas reivindicaciones, identidad, objetivos, repertorios de acción y formas organizativas distan mucho de los partidos y sindicatos e incluso de movimientos sociales anteriores, estando estas en muchos casos inescindiblemente ligadas a una concepción radical de los derechos humanos (Sabariego, 2007), desde abajo, frente a las concepciones dominantes en la esfera institucional y el Derecho Internacional, razones por las que serán llamados como Nuevos Movimientos Sociales (Touraine, 1985) por la teoría social, teniendo a los derechos humanos como eje central de sus reivindicaciones.

Posdemocracia: el fin del consenso

(Posverdad: De pos- y verdad, trad. del ingl. post-truth. 1. f. Distorsión deliberada de una realidad, que manipula creencias y emociones con el fin de influir en la opinión pública y en actitudes sociales. Los demagogos son maestros de la posverdad. (Diccionario de la Lengua Española, Real Academia de la Lengua Española, 2017)

La recién creada entrada sobre Posverdad en el Diccionario de la Lengua Española, publicado en 2017 nos hace pensar que en la RAE están hablando de posmentira o de poscensura (Grijelmo, 2012). No nos dicen cómo funciona esa manipulación, cómo es operada, ni profundizan en la canonización de la ocultación, la insinuación y acusación sin pruebas, la falsificación de estas y de los argumentos presupuestos sin que hayan sido comprobados y un largo etcétera de dispositivos acrecentados con el desarrollo de las redes sociales de Internet (Soto Ivars, 2017) y la ampliación de la esfera pública y los medios al ámbito digital, de lo que nos ocuparemos más adelante. Resulta aún más curioso que se haya acuñado en el diccionario el término posverdad, pero no posdemocracia. Aunque la RAE no la nombre, no hay posverdad sin posdemocracia, como no hay democracia sin derechos humanos y viceversa. Esa es la apelación de los Nuevos Movimientos Sociales. Es este un consenso establecido también académicamente, epistémicamente, podríamos decir, y nos olvidemos que, como nos enseñara Derrida (2008), episteme significa ley antes que ciencia, el Verbo. A pesar de que los consensos que han dominado la comprensión sobre los derechos humanos radiquen en este acuerdo tácito, en este consenso, las primeras décadas del siglo XXI nos muestran más bien lo contrario.

La declaración que cumple ahora setenta años surgió precisamente ante el horror de los fascismos y totalitarismos tras la Segunda Guerra Mundial y la muerte de más de cincuenta millones de personas en todo el mundo a la que estos habían conducido durante la primera mitad del corto siglo XX (Hobsbawm, 2000), como corolario para algunos (Bauman, 2010) de la racionalidad inacabada del proyecto moderno y su voluntad de homogeneizar y erradicar las diferencias, que arranca con la Ilustración y nos conduce por un tenebroso pasaje hasta la globalización actual (Santos, 2000) y su proceso descivilizador.

El proceso descivilizador está caracterizado por la desdemocratización (sic), la salida de la democracia y su vaciamiento (Laval y Dardot, 2017). Hablamos de la democracia liberal representativa, no de una democracia fuerte (Barber, 1982), de la que dan buena cuenta a partir de 2011 los movimientos sociales que desde el Sur global van a señalar e impugnar su falta, paradójicamente, de legitimidad democrática. Al hablar del Sur global no nos referimos apenas a unas coordenadas geográficas, hablamos más bien de unas coordenadas epistémicas, invisibilizadas durante siglos por el capitalismo, el colonialismo, el imperialismo y el patriarcado a través de la expansión desde Occidente de las distintas fases del capitalismo hegemónico a partir del siglo XVI y a las que desde la segunda mitad de ese corto siglo XX, en innumerables ocasiones los derechos humanos desde este lado, desde arriba, han servido de coartada, de instrumento, para imponer un localismo globalizado (Santos, 2000) en nombre de una democracia a la que apelaban los discursos oficiales como un significativo vacío (Laclau, 2012) que totalizaba cualquier forma de vida en común ajena a los planteamientos del liberalismo.

Si antes de la expansión del capitalismo podían contarse más de un millar de formas de organización comunitaria distributiva y horizontal (Mann, 2006), entre las que la democracia era apenas una de ellas, la reducción paulatina de estas a un número no superior al centenar, especialmente en el Sur e imposición de la visión lineal de la democracia representativa liberal a partir del siglo XVII en adelante y sus sucesivas circunvoluciones en torno a la tensión entre igualdad y libertad, el sufragio, la representación política y la separación nominal, no fáctica, de poderes, de la mano de la expansión del capitalismo, conseguirán inscribir a sangre y fuego el motto por el que hemos de creer (importantísima la cuestión de la fe y la creencia aquí), que la democracia —entendida en el subtexto como la democracia representativa liberal aliada al capitalismo—, es el menos malo de los sistemas políticos conocidos en la línea de toda una tradición encabezada por Anthony Giddens, Ulrich Beck, Daniel Bell, entre otros teóricos de la socialdemocracia, el Estado del Bienestar y la Tercera Vía, caracterizaron el periodo como un techo máximo democrático, contemplando las desigualdades de clase, la explotación y los conflictos señalados por los movimientos sociales como parte de las contradicciones de un sistema que se ha perdido por la imposición de la razón neoliberal.

ral y sobre todo por la interiorización íntima de su subjetividad, de su razón-mundo (Laval y Dardot, 2017) incluso en los aspectos más anecdóticos, principalmente a través de las redes sociales de Internet.

Este proceso de vaciamiento y salida de la democracia perfectamente descrito por Christian Laval y Pierre Dardot en sus recientes trabajos, está configurando un nuevo sistema al que algunos llaman postdemocracia, siguiendo el viejo esquema de las ciencias sociales que coloca el prefijo post- como un reflejo, un acto fallido de renuncia a complejizar la teoría, críticamente, sumiso a la voluntad general y establecer una problematización lineal. Los prefijos post- siempre son problemáticos, tienden a esconder la complejidad de los procesos sociales tras la etiqueta y la categoría. Así, la posdemocracia supondría el fin de aquel menos malo sistema conocido hasta entonces en la historia del adagio socialdemócrata y el inicio de un nuevo sistema que supera sus principios estableciendo otros nuevos, no tan nuevos en realidad, a pesar del nomenclator, definiendo un nuevo estado de las cosas, un nuevo orden que divide a los analistas y expertos entre la nostalgia de la democracia perdida, que habría que recuperar, quienes defienden y apuestan por la superación del nuevo orden postdemocrático o intentan caracterizar el periodo como una transición profunda, a pesar de que el monstruo, como diría Gramsci, ya está aquí.

Pierre Rosanvallon (2013) ha delimitado algunos de los contornos que caracterizan la contrademocracia y la desafección impolítica crecientes en las primeras décadas del siglo XXI más allá del dogma imposibilista de la real politik, del *there is no alternative* (TINA), que nos llevaría al fin de la política, según la razón neoliberal. En muchos contextos (e. g. Brasil) asistimos ya a la toma de control por parte del poder judicial, ante la implosión contrademocrática y la desafección impolítica creciente, articulada en gran parte por los medios de comunicación de masas y el efecto de la ampliación a las redes sociales de Internet. El canon pergeñado por Jürgen Habermas (2003) por la construcción del consenso y la agenda (Mendes y Seixas, 2005), con el objetivo de subsumir la política a la ficción jurídica de una esfera neutral (Schmitt, 2009), apolítica.

Si la ciudadanía deja de creer —de nuevo la creencia— en la política institucional y renuncia a lo político, al conflicto instituyente, este espacio cede ante la preeminencia de la dimensión jurídica soberana

y su concepción absolutista del Derecho (Schmitt, 2009), entendida como la única esfera posible de construcción de derechos, esto es, de regulación, más allá de la política y lo político y la única vía para la resolución del conflicto.

A grandes rasgos, podríamos definir esa post-democracia, como un Estado de excepción contrademocrático permanente, en el que la crisis no es más una excusa sino que se constituye en una forma de gobierno, por decreto, una máquina de guerra (Deleuze y Guattari, 1994) que pugna por imponerse a partir de una concepción jurídica, por tanto política, hegemónica en la que el Estado de Derecho se constituye como un modelo formal rígido, fosilizado —nada puede hacerse en nombre del Estado, todo por y para preservar el Estado de Derecho formal, nominal, en el que la ley es un fin en sí mismo, Nomoarquía—, mientras este se vacía de contenido, imponiendo una razón política única que hay que acatar, a diestro y siniestro, izquierda y derecha, que desdibujan sus programas, especialmente en lo económico, ante el chantaje y la presión de instancias globales que imponen sus agendas al Estado.

El Estado de Derecho, entendido políticamente como el límite al ejercicio arbitrario del poder establecido por el Derecho desaparece ante nuestros ojos, Todo lo sólido se desvanece... —según Marx y Engels en el capítulo I del Manifiesto Comunista— o se liquidifica, según Bauman en nuestra modernidad, incluso el Estado de Derecho, en nombre de la libertad de mercado concebida como la primera de las libertades políticas, constitucionalizándose, esto es, estableciéndose una jerarquización y subordinación de los derechos, una Demarquía (Hayek, 1998) en la que los privados, patrimoniales, adquieren carta de naturaleza como derechos fundamentales. Como esta cesión y esta desaparición operadas en un doble movimiento desde fuera —instituciones globales, think tanks, fondos de inversión, agencias de regulación, etc., etc.— y desde el interior del propio Estado de Derecho, al que se le imponen las lógicas de las anteriores sin alternativa alguna, concentra los mecanismos de toma de decisiones, la política, en las manos de los actores más fuertes, en nombre de la deuda (e. g. Grecia), la Deudocracia, generando protestas globales, la ocupación de plazas y movimientos que reclaman, entre otras cuestiones, una democracia real, es decir, derechos humanos, desde abajo, lo político, con una fuerte apropiación de las redes sociales de Internet, a través

de las TICs, en el afán por ser oídos y por apropiarse de las palabras, del poder para contar, para narrarse, estableciendo una narración contrahegemónica, en la que se cuentan con sus propias palabras, historizándolas, abriendo el significante, rescatándolo del significado oclusivo en el que el neoliberalismo lo ha aprisionado, de una concepción ciudadana excluida y precarizada, los denyzens (Standing, 2016), los chavs (Jones, 2012), cuyo ejercicio sólo posible si se posee, si se tienen vínculos estables con el mercado de trabajo, residencia legal, propiedades y capacidad de deuda.

Pero si el Estado se desvanece en algunos aspectos, asistimos también a como se vigoriza en lo referido al ejercicio legítimo de la violencia (Derrida, 2008), a la coerción y represión, a la criminalización de quienes protestan ante las medidas adoptadas, los recortes —en derechos— y la expansión del poder punitivo a través del establecimiento de una ideología global de la seguridad (Foucault, 2004), en la que esta no es más la prerrogativa de la ciudadanía ante la arbitrariedad del Estado sino todo lo contrario, se establece jurídicamente desde la política como la prerrogativa del Estado para defenderse de las críticas, protestas e impugnación ciudadana a través de dispositivos legales y jurídicos que abundan en la coerción, la represión cada vez más violenta, la imposición de una razón política única en manos de expertos, Meritocracia, y la extensión de la lógica de la competición, el reverso tenebroso de la fuerza de acumulación del capitalismo.

Los derechos humanos en la era de Twitter

Pero ¿qué sucede entonces cuando la democracia comienza a ser vaciada de contenido, los derechos humanos, y la apelación democrática que lo interpela comienza a surgir con fuerza desde las calles y plazas, por ciudadanos indignados y desafectos que impugnan, no tanto el sistema como su vaciamiento, la apropiación de éste para otros intereses? Eso lo que sucedió en 2011 en la llamada Primavera de los Movimientos en todo el mundo. Una convulsión sistémica que impugnó las apropiaciones neoliberales de la democracia representativa liberal y su puesta a disposición de los intereses especulativos de los acreedores de la deuda soberana de buena parte de los países del

Sur y también, por primera vez, sorteando los mecanismos de protección, del Norte.

Esos movimientos, a los que califico de Recientes Movimientos Sociales Globales (RMSGs) (Sabariego, 2017) tienen un prólogo en los que acontecieron en Islandia y Grecia en 2008, los que “toman las plazas” en el Machrek y Oriente Próximo desde 2010 (Aguiló y Sabariego, 2016), nos permiten vislumbrar algunas cuestiones que los diferencian de otros anteriores, a pesar de su diversidad y heterogeneidad, o mejor dicho, a causa de esta. Los RMSGs deben su impacto a las redes sociales de Internet, a Twitter (Gerbaudo, 2013) y Facebook especialmente. El aumento paulatino, la multiplicación y, sobre todo, la replicación exponencial de las protestas en la esfera global sólo puede entenderse (Bennett y Segerberg, 2011) desde el uso masivo y extensivo de estas, no sólo como instrumento comunicativo, sino también como elemento aglutinador, estratégico y organizativo además de simbólico, identitario, expresivo y cognitivo (Sierra y Gravante, 2017), especialmente en el Sur global. Esto es, si hay un rasgo común en los RMSGs que los diferencia de otros movimientos anteriores en el tiempo, y aún a pesar de sus diferencias entre ellos, es el carácter global de la apropiación tecnopolítica de las redes. En una época de capitalismo cognitivo y economía digital esto supone el intento de apropiación de los medios de producción digitales⁴. Paradójicamente, Facebook y Twitter crecieron exponencialmente al calor de las primaveras árabes, no sólo en cuanto al número de usuarios y perfiles, sino también en el imaginario popular como herramientas tecnopolíticas para la reivindicación de la democracia y los derechos

⁴ Más allá de los ensayos de construcción de redes de economía colaborativa, economía circular y su desviación perversa hacia la configuración de nuevas formas de precarización bajo la llamada economía de bolos (gig economy), que también están alentando nuevas formas de sindicalismo global 2.0 y articulaciones políticas de luchas por parte de trabajadores que ni siquiera tienen reconocido este estatus bajo estas formas digitales de explotación laboral. Aunque la economía de bolos, en referencia a la precarización del trabajo en las industrias culturales, como correlato de la precarización de los sectores productivos y la economía informal inducida por la tecnología P2P, muestra hasta qué punto el capitalismo aprende de las resistencias e iniciativas desde abajo, el caso de las economías colaborativas, y es capaz de transmutar estas en su contra para escapar a cualquier posibilidad de control democrático.

humanos, generando pingües beneficios a estas compañías multinacionales que cotizan en bolsa.

El desarrollo de lo que llamamos capitalismo cognitivo, es decir, cómo el capitalismo organiza nuestra vida, nos aliena, explota y extrae valor —beneficio— de nuestra actividad cotidiana, trabajo, ocio, opiniones, afectos y emociones, a través de la comunicación, mediante la máquina y la disolución de sus procesos, técnicas, métodos, razones y fines, en nuestra propia conciencia, nos habla siempre de la desmaterialización en el aire de las formas de opresión capitalistas que, incluido el trabajo, en la medida en que se tornaban virtuales, desapareciendo de nuestra vista, por la alianza entre la tecnología y la deslocalización, se han vuelto progresivamente más poderosas al haberlas interiorizado, inaugurando nuevas formas de dominio y control basadas en la tensión entre el riesgo y el miedo como formas de regulación dirigidas hacia nosotros, que tienen lugar en nosotros mismos, activadas por nosotros mismos, de las que somos protagonistas ante un horizonte digital cada vez más poblado de expectativas y un presente, un futur antérieur diríamos, cada vez más en el aire, precarización mediante. Secularmente, el capitalismo se ha hecho fuerte destrozando los vínculos afectivos y materiales comunes entre seres humanos, estableciendo un cortocircuito entre estos para restituirlos desde la ficción del contrato esgrimido por un mediador fabricado a su imagen y semejanza, el mercado, el Estado, desarrollado a través de dispositivos de control y coerción de la más diversa índole, desde la cultura a la organización “racional” y “científica” del trabajo y el ocio, el Derecho, la escuela, etc., una mediación que cede ahora protagonismo a las tecnologías interconectadas del yo, instrumentalizadas mediante aplicaciones móviles por gigantescas corporaciones multinacionales que extraen valor del mero gesto de mirar el móvil y nos mantienen más ensimismados cuando más hiperconectados estamos. Las luchas históricas de los RMSGs por la apropiación de los medios de producción y su socialización podrían leerse hoy como las luchas por el código y la apropiación de la tecnología, el nuevo fuego de Prometeo del que habla nuestra compañera Stefania Milan (2013), por parte de los movimientos sociales.

Las tecnoretóricas dominantes transitan desde el ciberpesimismo que se ceba con el solucionismo tecnológico (Morozov, 2015) a un ciberoptimismo nómada que las defiende, bien como un paraíso di-

gital que permite evadirse de los sinsabores de la vida moderna, bien como un espacio de emancipación igualitario desde que el solucionar los problemas que nos aquejan sin pisar la calle. La actitud tecnopolítica de los RMSGs de 2011 se apropia de las redes para reescribir su código en función de nuestras necesidades, de nuestras dignidades concretas, fruto del encuentro, del contacto y el intercambio, en un ejercicio por recuperar la corporeidad, lo tangible, sin perder lo inmaterial de nuestras condiciones, nuestras prácticas, diversas, diferenciadas, desviadas, humanas. Para ello, la tecnología es una aliada, no una sustituta. La lucha por el código, por la apropiación de la tecnología, es la lucha por apropiarnos de nuestras propias historias, por poder escribirlas con nuestras propias palabras y extraer valor de ellas para lo que nos es común, por dotar de sentido, de historia y memoria a lo que nos es común desde lo que nos es común, nuestros deseos y aspiraciones, no desde los deseos que nos inoculan y a los que nos inducen. Es una lucha por la distribución de los recursos de los que el capitalismo cognitivo se apropia sin freno alguno, ante nuestros ojos, con nuestro consentimiento a golpe de click. En estas revueltas de indignación (Santos, 2015), existen, a pesar de las diferencias entre ellas, elementos comunes y correlaciones diferenciadoras en relación con otros movimientos. Se trata en definitiva de procesos sociales diferenciados vinculados en complejas densas redes informales que promueven el cambio social o se oponen a la corriente dominante reivindicando los derechos humanos, el derecho a tener derechos, parafraseado a Hannah Arendt (2006), tras el vaciamiento y la salida de la democracia. Los RMSGs son los síntomas de la violencia generada por el capitalismo neoliberal, señalan la crisis global, las lógicas depredadoras de este y su incidencia institucional sobre el proyecto inconcluso del estado del bienestar. Comparten vínculos con otros actores no necesariamente idénticos pero si compatibles, mejor hablar de compatibilidad que de identidad, en una movilización colectiva más amplia, como proceso de reconocimiento mutuo en la diferencia y la heterogeneidad, en el intercambio y la comunicación —como acción común— de experiencias contra-hegemónicas fuertemente arraigada en el uso estratégico (Sierra, 2013), obviamente también como expresión identitaria, de los lenguajes y las herramientas que proporcionan las TICs, sin líderes reconocibles, son inapropiables, asamblearios y horizontales, siendo muchas de sus estrategias comunicativas de ca-

rácter lúdico, carnavalizadoras y deconstructoras a través del humor y la utilización de significantes festivos.

Al hablar de derechos humanos en la era de Twitter, en el mundo de la posteridad y la posdemocracia, la posibilidad de transformación sigue estribando en el cambio de la conciencia, de la cognición de uno misma y el paso a la cognición de nuestras necesidades, para con nosotros mismos. La perversa distopía nos muestra que el Big Data, la nueva mitología del oráculo levantada a partir de la capacidad de gestión de los datos masivos que generamos a través de nuestras interacciones hiperconectadas al ritmo incesante de producción del capitalismo cognitivo, sabe más de nosotros que nosotros mismos, siendo capaz de predecir —e inducir— nuestro comportamiento de forma individualizada, diseñando modos de vida e incluso preocupaciones que poco o nada tendrían que ver con nuestras necesidades y deseos, pero que le generarían ubérrimos beneficios y nos mantendrían anestesiadas las conciencias, pendientes de un qué inducido y lejos de un cómo propio, crítico, ofensivo y propositivo. Por todo ello, los derechos humanos suponen hoy, setenta años después, no ya un ideal periclitado, sino todo lo contrario, un lugar común del que apropiarse, para dotarlo de otro sentido común, de un sentido común emancipador. Hagámoslo, juntos.

70 anos da Declaração Internacional dos Direitos do Homem: Entre Promessas e Paradoxos

João Paulo Allain Teixeira¹

Este artigo foi organizado por meio de respostas às perguntas-guia incluídas na metodologia apresentada pelos organizadores-Instituto Joaquim Herrera Flores (IJHF), Instituto Ibero-Americano da Haia pela Paz, Direitos Humanos e Justiça Internacional (IIH) e Associação Espanhola para o Direito Internacional dos Direitos Humanos (AEDIDH) —para compor esta obra crítico-reflexiva sobre o Sistema Internacional dos Direitos Humanos.

A Declaração é considerada marco de um consenso universal alcançado em 1948 e aprimorado ao longo do tempo

Como compreender o multiculturalismo e os enfrentamentos entre culturas a partir dos valores consagrados no universalismo dos direitos humanos?

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é resultado de um esforço de refundação da ordem política mundial a partir do final da II grande guerra, enunciando valores que viriam a influenciar decisivamente as Constituições de muitos países a partir da intensificação de processos de descolonização e redemocratização nos anos seguintes. O reconhecimento e positivação de direitos humanos na esfera internacional proporcionado pela declaração resulta de um

¹ Professor de Direito da Universidade Católica de Pernambuco e de Filosofia do Direito da Universidade Federal de Pernambuco (Brasil). Mestrado em Direito pela Federal de Pernambuco (Brasil) e Máster em Teorias Críticas do Direito pela Universidade Internacional de Andalucía (Espanha). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (Brasil). Membro e líder do grupo REC CNPq-Recife Estudos Constitucionais.

processo íngreme e tortuoso cujas raízes coincidem com a afirmação da ideologia liberal consagrada a partir final do século XVIII nos Estados Unidos e na Europa. Integram este processo, a Declaração dos Direitos do Povo da Virgínia (1776) e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), surgida no contexto da Revolução Francesa.

Os 70 anos da adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral das Nações Unidas marcam um período de grandes paradoxos e contradições. A compreensão da amplitude e abrangência da declaração passa pelas tensões inerentes à dicotomia universalismo versus relativismo. A defesa do universalismo parte de uma leitura estática e imutável dos direitos humanos, fundada na reivindicação de uma essência inerente à condição humana, que estaria acima de qualquer fator cultural historicamente estabelecido. Para os universalistas, a existência de valores intrínsecos à condição humana justifica a leitura atemporal da declaração, já que a condição humana em sua específica natureza é essencialmente a mesma em qualquer tempo e em qualquer espaço. Esta leitura contudo, desconsidera amplamente a inserção histórico-cultural da qual derivam múltiplas formas de vida, crenças e pautas morais plurais.

O modelo dominante de reconhecimento de direitos humanos até os dias de hoje resultou assim, de um processo de sucessivas negações e exclusões que se desenvolvem em múltiplos planos da vida. O triunfo deste processo, esboçado com as revoluções do século XVIII, dependeu da afirmação de uma específica pauta política, econômica, social e cultural, garantindo os valores inerentes à organização dos interesses da burguesia liberal e ao modo de produção capitalista.

Este processo é acompanhado de perto pelo desenvolvimento da ciência moderna promovendo do ponto de vista epistemológico, uma peculiar forma de dar sentido à realidade. A confiança na verdade como produto da razão, a pretensão de neutralidade do saber científico e aposta na felicidade através da valorização do individualismo trouxeram como consequência o esvaziamento político-ideológico do discurso dos direitos, que passaram a representar o paradoxo de uma ideologia sem ideologia.

Há por isso uma evidente contradição entre os discursos de inclusão e emancipação traduzidos pelas declarações de direitos e as prá-

ticas que se desenvolvem em nome delas. Basta lembrar a conquista do “novo mundo” e o genocídio legitimado pelo ideal “civilizatório”. Como resultado, a subalternização e o silenciamento dos povos originários, suas formas de vida, seus valores e seus saberes.

Não deixa de surpreender que em pleno século XXI, mesmo diante de tantas proclamações de direitos, e mesmo pela recorrente presença da retórica dos Direitos Humanos nos discursos oficiais, ainda exista uma ampla negação de direitos para parcelas significativas da população mundial. O flagelo das migrações na Europa, os conflitos no campo e a questão indígena na América Latina, a fome e a pobreza na África, a histórica e recorrente negação de direitos sociais, a constante subalternização e silenciamento de grupos vulneráveis e a histórica e recorrente negação de direitos sociais em todo o planeta, bem o atestam.

A interdependência, indivisibilidade e inter-relação dos direitos civis, políticos, econômicos, culturais e sociais foram reconhecidas na Conferência de Viena de 1993 como uma complementariedade necessária

Na sua opinião, este avanço foi alcançado na prática?

Os Direitos Sociais surgem no contexto das reivindicações decorrentes dos movimentos operários a partir do início do século XIX e são frutos de um processo de intensificação das tensões entre capital e trabalho. Emergem a partir da crítica ao liberalismo clássico e às insuficiências do perfil absenteísta do Estado diante das transformações sociais decorrentes da transmutação do capitalismo mercantil para o capitalismo industrial. O reconhecimento dos direitos sociais acontece tanto no plano constitucional quanto no plano internacional. No plano constitucional, são marcos importantes as constituições do México de 1917 e Weimar, Alemanha, 1919. No mesmo ano, no plano internacional, com o final da I Guerra Mundial e a assinatura do Tratado de Versalhes, é criada a OIT-Organização Internacional do Trabalho. Os direitos sociais viriam a ser reafirmados na declaração de 1948, e em 1966 no Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais.

Em 1993 como resultado da II Conferência Internacional de Direitos Humanos realizada em Viena é proclamada a indivisibilidade dos direitos Civis e Políticos e os Direitos Sociais, Econômicos e Culturais. De acordo com o Art. 5o da Declaração de Viena proclama além da universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relação dos Direitos do Homem. O significado jurídico desta proclamação aponta para o reconhecimento de uma relação contínua e dialética entre os direitos individuais e os direitos sociais, de tal modo que os direitos sociais são pressupostos dos direitos individuais e vice-versa. Com a declaração de indivisibilidade dos direitos humanos pretendeu-se preservar os direitos sociais diante da expansão do capitalismo financeiro em escala global e do avanço dos efeitos da pobreza e da exclusão social. Com isso, a mera realização de direitos individuais em prejuízo da efetivação dos direitos sociais é permanente fator de ruptura da indivisibilidade dos direitos. A despeito disso, permanecem em todo o planeta, populações à margem de qualquer possibilidade de acesso a condições mínimas de existência.

Até que ponto as intervenções humanitárias e a própria racionalidade neoliberal se utilizam do discurso ambíguo e ambivalente dos direitos humanos para outros fins?

A partir das décadas recentes, particularmente a partir do desencanto dos conflitos armados do pós-guerra, emergiu com força significativa a percepção de um profundo distanciamento entre o registro da teoria e o registro da prática dos Direitos Humanos em escala global. Estas tensões são reveladoras das ambiguidades e paradoxos de que se reveste o discurso dos Direitos Humanos, evidenciando a importância do desvelamento de suas entranhas discursivas e conferindo visibilidade à sua dimensão oculta.

Costas Douzinas lembra que a contemporaneidade revelou o triunfo da retórica dos Direitos Humanos, já que é possível encontrá-la em todos espectros políticos, tanto à Esquerda quanto à Direita, de Norte a Sul, estando presente no discurso do Estado e do rebelde, sendo por isso “a única ideologia na praça, a ideologia após o fim das ideologias, a ideologia no fim da História” (Douzinas, 2009: 16).

Também Immanuel Wallerstein retomando o debate envolvendo Bartolomé de Las Casas e Juan Ginés de Sepúlveda, aponta para as incoerências e ambiguidades do discurso dos Direitos Humanos, parti-

cularmente no que se refere à retórica da “intervenção humanitária”. Wallerstein lembra que os valores que formatam a democracia, livre mercado, e Direitos Humanos a despeito de sua pretensão de universalismo, localizam-se no contexto de um projeto político liderado pelas grandes potências do ocidente.

Na retórica dos países que exercem liderança no capitalismo global, a ideia de “intervenção humanitária” está geralmente associada a um esforço de ampliação dos espaços de realização dos Direitos Humanos, mediante a potencialização dos valores inerentes à “democracia”, à “liberdade” ou ao “livre mercado”. Estes valores, diante da auto-evidência da superioridade moral que presumivelmente ostentam, justificariam a universalização de suas pautas, ainda que esta tarefa resultasse em uma imposição através da força. Wallerstein explica que, se por um lado, os movimentos de libertação nacional resultaram na intensificação do processo de descolonização a partir da segunda metade do século XX, por outro lado, e paradoxalmente, este mesmo processo determinou que os novos Estados permanecessem atrelados à mesma lógica imperial de outrora. (Wallerstein, 2007: 42). Um dos instrumentos mais eficientes nesse processo de permanente submissão dos novos Estados está na pretensão de universalização da lógica que mobiliza o discurso dos Direitos Humanos, da qual a Declaração de 1948 é expoente de relevo. Ainda que a doutrina da “não intervenção” consagrada pela ONU aponte no plano discursivo para o fim das ingerências externas mediante a consagração da autodeterminação dos povos, no plano fático o controle das potências ocidentais permaneceu intacto. Isto foi possível graças à “missão civilizatória” por elas assumida autorizando a intervenção sempre em nome dos Direitos Humanos. A intervenção humanitária torna-se assim um poderoso sucedâneo da “evangelização” utilizada nos séculos anteriores pelas grandes potências, atualizando o debate entre Las Casas e Sepúlveda.

Contra um universalismo abstrato, a teoria crítica dos direitos humanos de Joaquín Herrera Flores contempla as inconsistências e paradoxos dos direitos humanos, destacando sua importância como instrumento de luta. Para tanto, é preciso reconhecer a complexidade dos direitos humanos e reinventá-los a partir de uma racionalidade de resistência. Esta reconfiguração dos Direitos Humanos pressupõe um conjunto de “múltiplas vozes”, incorporando “diferentes contextos físicos e simbólicos na experiência do mundo” (Herrera Flores,

2009:152). Esta compreensão implica no abandono da pretensão universalista em favor de uma leitura intercultural dos Direitos Humanos enquanto prática “criadora e recriadora” do mundo a partir de uma “resistência ativa” insurgente e pluralista (Herrera Flores, 2009:160).

Uma percepção intercultural dos Direitos Humanos tem a oferecer afinal, uma agenda de trabalho significativamente ampla para o enfrentamento de várias questões que nos afligem neste início de século XXI. A potencialização da democracia e da inclusão social passa pela compreensão dos Direitos Humanos enquanto pauta aberta e plural, insusceptível de apropriação unilateral por grupos eventualmente hegemônicos.

Setenta Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: da Era dos Direitos aos Tempos Sombrios

João Ricardo Wanderley Dornelles¹

Introdução

No dia 10 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, reunida em Paris, aprovou por 48 votos a favor e 8 abstenções² a Declaração Universal dos Direitos Humanos. O documento foi elaborado a partir da Carta das Nações Unidas que criou a sua Comissão de Direitos Humanos. A publicação da Declaração representou o primeiro passo do processo de internacionalização da proteção dos direitos humanos.

É importante frisar que, mesmo não tendo força de obrigatoriedade para a ação dos Estados, a Declaração Universal tem uma importância histórica por marcar a derrota dos regimes nazifascistas, além do seu valor moral, se tornando uma referência para a promoção e o respeito efetivo dos direitos humanos em todas as partes do mundo.

Desde a sua criação, o conceito de direitos humanos passou por um processo de ampliação do seu conteúdo. Tal ampliação foi deter-

¹ Professor do Programa de Pós-graduação da PUC-RIO (Brasil); Coordenador Geral do Núcleo de Direitos Humanos da PUC-RIO (Brasil); membro do Instituto Joaquín Herrera Flores; Doutor em Serviço Social pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (Brasil), Mestre em Direito pela PUC-RIO; Membro fundador da Associação Nacional de Direitos Humanos-Pesquisa e Pós-Graduação (Brasil). Foi membro da Comissão Estadual da Verdade do Rio de Janeiro.

² As abstenções foram da União Soviética, Polônia, Ucrânia, Bielo-Rússia, Tchecoslováquia, África do Sul e Arábia Saudita. Os países socialistas da época se abstiveram por entenderem que a declaração não tratou adequadamente os direitos econômicos, sociais e culturais. A África do Sul não aprovou o texto porque o conteúdo do documento confronta diretamente a política racista do *apartheid* que vigorava na época naquele país. A Arábia Saudita se absteve porque a declaração não se pautou pelos princípios do islamismo.

minada pelas conjunturas e lutas emancipatórias travadas pelos povos no decorrer da história. Assim foi com as lutas contra o absolutismo durante os séculos XVII e XVIII na Europa Ocidental, quando o que se colocava era o reconhecimento de direitos individuais, da igualdade jurídica, da liberdade individual, da vida, da integridade física, da livre manifestação da vontade, da segurança pessoal, da liberdade de ir e vir, da liberdade religiosa e do Estado laico. As lutas do século XIX, com a consolidação da sociedade capitalista industrial e o surgimento da classe operária, apresentaram novas contradições exigindo o reconhecimento de direitos coletivos, direitos da igualdade, os direitos econômicos, sociais e culturais relacionados com o bem-estar social. O século XX, em especial a conjuntura que se abriu com o fim da Segunda Guerra Mundial, obrigou a ampliação do conteúdo dos direitos humanos, incorporando o direito à paz, o direito dos povos, os direitos ambientais. E foi exatamente naquele momento histórico, o pós-1945, que se apresentaram as condições para a elaboração e aprovação da Declaração Universal de Direitos Humanos.

O contexto histórico inaugurado com o pós-guerra trouxe para a humanidade uma nova era, chamada por Norberto Bobbio de “*Era dos Direitos*”, ressaltando o processo de internacionalização dos direitos humanos como uma referência positiva que se desenvolveu a partir do final do século XX.

O fim do conflito mundial abriu uma nova realidade. Junto com a valorização do ideal democrático o mundo do pós-guerra nasceu com novas contradições, dividido em blocos de poder geopolítico (Capitalismo-Estados Unidos X Comunismo-União Soviética), dando início à Guerra Fria e à Era Nuclear, após a explosão das bombas de Hiroshima e Nagasaki.

As relações internacionais do pós-guerra apresentaram novos atores com o processo de descolonização da Ásia e da África. O impacto do processo de descolonização foi grande em todas as esferas da existência, em especial no campo dos direitos humanos, por colocar o foco nas questões culturais e identitárias.

A partir da adoção da Declaração Universal, iniciou-se a fase de constituição de um amplo sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Um sistema global encabeçado pela ONU e pelos

sistemas regionais, a começar pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o Sistema Europeu de Direitos Humanos³.

O período foi marcado por uma intensa luta ideológica, decorrente da guerra fria e do processo de descolonização, levando a uma separação artificial nas relações internacionais entre direitos civis e políticos, por um lado, e direitos econômicos, sociais e culturais, por outro.

Um segundo momento no processo de internacionalização dos direitos humanos se iniciou duas décadas depois da aprovação da Declaração Universal, com a realização da Ia. Conferência Mundial dos Direitos Humanos, em 1968, na cidade de Teerã, em uma conjuntura ainda marcada pela bipolarização da guerra fria, perpassando outros conflitos como as contradições Norte-Sul e no mesmo instante em que se existiam regimes ditatoriais em diversas partes do mundo, como no Brasil e no Sul da Europa (Portugal, Espanha e Grécia). A Conferência de Teerã reforçou o caráter da universalidade dos direitos humanos, afirmando a sua indivisibilidade. Os problemas resultantes da miséria, da fome, do *apartheid*, das ameaças de perseguição por questões religiosas, culturais, nacionais e dos refugiados foram importantes para aquela definição global e universalizada dos direitos humanos. Superava-se a visão compartimentalizada dos direitos humanos, que separava de forma absoluta os direitos civis e políticos dos direitos econômicos, sociais e culturais, passando a vigorar a noção de indivisibilidade e articulação integrada entre os diferentes direitos.

Outro marco fundamental no processo de internacionalização se iniciou com a realização da IIa. Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena no ano de 1993, quando já existia uma

³ O processo de internacionalização da proteção dos direitos humanos resultou em inúmeros tratados internacionais e instrumentos de proteção como o Pacto de Direitos Civis e Políticos, o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966; a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José), de 1969, no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos; a Convenção Europeia, de 1950; Tratados de prevenção e punição da tortura, de proteção aos refugiados, de proteção aos direitos dos trabalhadores, sobre eliminação de todas as formas de discriminação racial e combate ao racismo, sobre direitos das mulheres e a questão de gênero, proteção à infância, aos idosos, portadores de deficiência física etc.

grande quantidade de instrumentos internacionais de proteção, tanto no plano global quanto no regional.

O contexto em que se realizou a Conferência de Viena foi completamente diferente daquele realizado em Teerã. Em 1968 ainda não operavam os mecanismos e órgãos internacionais de supervisão e proteção dos direitos humanos, o que só começou a ocorrer a partir da década de 1970 com a entrada em vigor dos diferentes tratados internacionais.

No final da década de oitenta do século passado o panorama internacional apresentava-se profundamente alterado: a queda do muro de Berlim, levando ao fim da guerra fria; a grave crise econômica; o fim do ciclo das ditaduras militares na América do Sul e a democratização da América Latina; a revolução tecnológica; a globalização econômica; o aumento assustador da concentração da riqueza, da exclusão social, da miséria e da fome, incluindo as sociedades consideradas desenvolvidas; o aumento da intolerância racista; a intolerância religiosa, através da expansão dos diferentes fundamentalismos religiosos; a xenofobia; o antissemitismo e a islamofobia; o ressurgimento e expansão da ideologia e dos movimentos nazifascistas; a globalização da criminalidade, intimamente ligada aos fluxos do capital financeiro, através dos fenômenos do narcotráfico, do comércio internacional ilícito de armas, do terrorismo internacional etc. Enfim, a passagem para o terceiro milênio encontrou o mundo marcado por um cenário de crise geral, de perigo e medo, que se ampliou no decorrer destas duas primeiras décadas do século XXI, principalmente com os retrocessos impostos pela política imperial estadunidense no pós-11 de setembro de 2001 e na crise econômica global iniciada em 2007-2008. Todas essas transformações no panorama internacional e os seus impactos em todas as sociedades do mundo resultaram em profundos retrocessos no campo das garantias e direitos e das conquistas de liberdades democráticas.

O documento final da Conferência de Viena de 1993 buscou um certo consenso entre as diferentes posições sobre o fundamento e o caráter dos direitos humanos: uma “*universalista*” e outra “*relativista*”.

Os “*universalistas*” afirmavam que muitos países se escudavam na tradição cultural ancestral, na soberania nacional, ou na falta de de-

envolvimento tecnológico para justificar a manutenção de regimes ditatoriais e práticas violadoras dos direitos humanos, como o extermínio de crianças e adolescentes, o genocídio de minorias étnicas, as perseguições por motivo religioso, as torturas físicas ou morais, a repressão contra opositores políticos, a eliminação dos direitos civis e políticos. Por seu lado, os “*relativistas*” afirmavam que uma concepção universal dos direitos humanos seria uma imposição dos valores ocidentais europeus, encobrindo uma política intervencionista e hegemônica dos países do Ocidente, revestidos com a aura legitimadora de “*protetores internacionais dos direitos humanos*”, possibilitando as chamadas “*intervenções humanitárias*” como pretexto para as ocupações militares e embargos econômicos com objetivos geopolíticos contra governos considerados hostis.

Sobre a necessidade de superar o debate ideológico em torno do universalismo e do relativismo, vale lembrar a reflexão apresentada por Boaventura de Sousa Santos, ao afirmar que “*Temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade da igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades*”.

Mais do que nunca, quando estará completando setenta anos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos tem um papel fundamental no contexto de crise e retrocessos da realidade contemporânea. No seu nascimento, em 1948, a humanidade vivia um momento de relativa esperança, o fim dos horrores da Segunda Guerra Mundial, a revelação do genocídio nos campos de concentração e de extermínio, as bombas atômicas lançadas contra população civil em Hiroshima e Nagasaki etc. Era um momento complexo, onde a narrativa histórica escrevia suas páginas com a vitória das chamadas forças democráticas contra o terror do nazi-fascismo. É verdade que a história nos ludibriou com a continuidade das guerras e das graves violações de direitos humanos em todas as partes do mundo.

O ambiente em 1948, pelo menos em parte do Ocidente, era de uma certa euforia a partir da referência de respeito aos direitos humanos, dos processos de descolonização, do fim da guerra e da derrota do fascismo.

No decorrer desses setenta anos as graves violações de direitos humanos multiplicaram-se em todas as partes do mundo.

Na obra *Educação e Emancipação*, Theodor W. Adorno afirmou que “*para que Auschwitz não se repita*”, colocava-se como exigência um novo imperativo categórico baseado nas condições reais de sofrimento resultantes das graves violações de direitos humanos verificadas na experiência dos campos de concentração e de extermínio. A partir de então, a exigência da “*Não Repetição*” e do “*Nunca Mais*” deveria estar presente nas lutas de militantes de direitos humanos por *memória, verdade e justiça*. No entanto, no mundo inteiro as violações não cessaram.

Hoje, no final da segunda década do século XXI, vivemos um momento de incerteza em relação aos direitos humanos e às liberdades democráticas. Com perplexidade somos obrigados a enfrentar algumas perguntas:

A era dos direitos estaria terminando?

Estariamos no início de um novo ciclo histórico de medo, incerteza e terror?

Seria o fim das sociedades reguladas pelas referências da democracia e dos direitos humanos?

Viveríamos em uma época “*pós-democrática*” ou do “*pós-direito*”?

No artigo “*The age of humanism is ending*”, escrito por Achille Mbembe no final de 2016⁴, o autor avalia o momento que passa o mundo contemporâneo e o impacto negativo para a democracia e a proteção dos direitos humanos, sugerindo que vivemos o fim da “*era dos direitos*”.

Selecionamos algumas passagens do artigo de Mbembe:

“As desigualdades continuarão a crescer em todo o mundo. Mas longe de alimentar um ciclo renovado de luta de classe, os conflitos sociais

⁴ O artigo do pensador pós-colonial Achille Mbembe, “*The age of humanism is ending*”, foi publicado no dia 22 de dezembro de 2016 no site do Mail & Guardian, da África do Sul. No Brasil, o artigo, com título em português “*A era do humanismo está terminando*”, foi publicado no dia 24 de janeiro de 2017 no site do Instituto Humanitas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (IHU): www.ihu.unisinos.br/78-noticias/564255-achille-mbembe-a-era-do-humanismo-esta-terminando

tomarão cada vez mais a forma de racismo, ultranacionalismo, sexismo, rivalidades étnicas e religiosas, xenofobia, homofobia e outras paixões mortais”.

“A crescente bifurcação entre a democracia e o capital é a ameaça para a civilização”.

“O principal choque da primeira metade do século XXI não será entre religiões ou civilizações. Será entre a democracia liberal e o capitalismo neoliberal, entre o governo das finanças e o governo do povo, entre o humanismo e o niilismo”.

“Como resultado da confusão de conhecimento, tecnologia e mercados, o desprezo se estenderá a qualquer pessoa que não tiver nada a vender”.

“A noção humanística e iluminista do sujeito racional capaz de deliberação e escolha será substituída pela do consumidor conscientemente deliberante e eleitor”.

“O capitalismo neoliberal deixou em sua esteira uma multidão de sujeitos destruídos, muitos dos quais estão profundamente convencidos de que seu futuro imediato será uma exposição contínua à violência e à ameaça existencial”.

(...) sob as condições do capitalismo neoliberal, a política se converterá em uma guerra mal sublimada, Esta será uma guerra de classe que nega sua própria natureza: uma guerra contra os pobres, uma guerra racial contra as minoria, uma guerra de gênero contra as mulheres, uma guerra religiosa contra os muçulmanos, uma guerra contra os deficientes”.

O cenário político das primeiras décadas do século XXI é formado pelo profundo assalto à democracia e aos direitos humanos, golpeando de forma contundente as conquistas emancipatórias modernas do legado liberal e social, tanto no campo dos direitos civis e políticos, quanto no campo dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. Assistimos a um grande descompasso entre o enorme aparato legislativo de proteção dos direitos humanos —no plano das normas constitucionais e dos tratados e convenções internacionais— e as realidades sociopolíticas de violações sistemáticas dos direitos individuais, direitos coletivos e direitos ambientais.

É um cenário de ascensão de práticas e valores antidemocráticos, de retorno a uma confusão entre as esferas pública e privada, de reenchantamento e dessecularização da vida pública (Pierucci, 1997), de derrota da razão, de liberação geral das paixões e instintos, características típicas de todas as formas de fundamentalismos —especialmente os religiosos— e dos fascismos.

O mercado, como referência reguladora da existência no mundo capitalista neoliberal, submete o conhecimento e o livre pensar, consolidando e validando uma única verdade que não reconhece as diferenças e a alteridade.

No contexto contemporâneo, a democracia, mesmo a sua forma liberal, se tornou incompatível com a lógica interna do capitalismo financeiro⁵.

O contexto contemporâneo, de crise, conflito e avanço do fascismo e das pautas mais retrógradas coloca em risco, em todo o mundo, os direitos anunciados na Declaração de 1948 e ampliados pelos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, posteriormente aprovados.

A crise da “*era dos direitos*” é sucedida pelo início dos “*direitos humanos em tempos sombrios*”, era das paixões exacerbadas e transpostas para o espaço público, para as relações sociais, para a política. Na era da “*pós-verdade*”, do “*pós-direito*” e da “*pós-democracia*”, o inconsciente está vagando solto, sem nenhum tipo de controle. Se antes, a sociabilidade humana exigia o estabelecimento de limites sobre o inconsciente, a era tecnológica “*pós-democrática*” liberou os instintos, liberou o inconsciente. Segundo Mbembe, isso explica a crescente posição anti-humanista e o desprezo em relação aos direitos humanos e à democracia. O fim dos limites ao inconsciente e a liberdade dos institutos e paixões representaria a liberação do estado de natureza ou de um estado social de guerra.

No mesmo ano em que a Declaração Universal completa 70 anos, a Constituição democrática brasileira estará completando 30 anos. Três dias depois do aniversário da Declaração da ONU, no dia 13

⁵ Ver os artigos: DORNELLES, João Ricardo W. *A quem interessa uma democracia excludente?* In Desafios e perspectivas da Democracia na América Latina/Adelaide Alves Dias, Giuseppe Tosi (Orgs.); João Pessoa: Editora do CCTA, 2017. (Coleção Direitos Humanos). ISBN 978-85-9559-035-9; DORNELLES, João Ricardo W. *Direitos Humanos em tempos sombrios: barbárie, autoritarismo e fascismo do século XXI*. In Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos. Direitos Humanos, Ética e Democracia em Tempos Sombrios. Observatório de Educação em Direitos Humanos/UNESP-RIDH, v. 5, n. 2, jul./dez., 2017 (9). ISSN: 2357-7738 (on-line).

de dezembro de 2018, o Ato Institucional número 5 (AI-5)⁶ estará completando 50 anos. Ou seja, quando completava seus 20 anos, a Declaração Universal não era respeitada pela ditadura militar brasileira desde o golpe de 1964.

Em 2016, após três décadas de vigência de ordem constitucional democrática no Brasil, outro golpe foi perpetrado contra a cidadania, contra o Estado Democrático de Direito e contra os Direitos Humanos.

O cenário no Brasil pós-golpe de 2016 é dramático, com graves retrocessos em diferentes áreas, atingindo diretamente as conquistas no campo dos direitos humanos. O processo de criminalização da miséria sendo estendido através de uma criminalização generalizada que atinge os movimentos sociais, a política, a cultura, a Universidade etc., a expansão do massacre da população pobre e negra à pretexto de combater a criminalidade, os assassinatos de militantes e defensores de direitos humanos, os ataques violentos, patrocinados por agentes públicos, com o apoio do sistema de justiça, contra trabalhadores sem terra, populações de assentamentos, população sem teto, moradores de rua etc.

No Brasil do golpe de 2016, o ataque à democracia e aos direitos humanos se dá como um “*tsunami*” incontrollável, atingindo trabalhadores, classes médias, idosos, população das periferias, com profundos cortes dos programas sociais, através do congelamento de investimentos públicos por vinte anos nas políticas sociais. A política do governo golpista é direcionada para beneficiar principalmente os segmentos rentistas ligados ao capital financeiro internacional. Em um espaço curtíssimo de tempo foram desmontados programas de transferência de renda, de proteção das populações mais vulneráveis⁷,

⁶ O AI-5 (Ato Institucional número 5), de 13 de dezembro de 1968, foi o quinto decreto emitido pela ditadura militar brasileira, sendo considerado o mais duro golpe na democracia ao ter dado poderes absolutos ao regime. Após o AI-5 o aparato repressivo foi aprimorado, ampliando intensamente as perseguições, prisões, torturas, desaparecimentos e mortes dos opositores da ditadura militar.

⁷ Depois de dez anos de políticas públicas sociais dos governos dos Presidentes Lula e Dilma Rousseff (Bolsa Família, Minha Casa, Minha Vida etc.), pela primeira vez na sua história o Brasil saiu do Mapa da Fome da FAO. O golpe de Estado que afastou a Presidenta Dilma Rousseff, em menos de um ano de existência,

foi aprovada a antirreforma trabalhista que fez o país retornar às condições sociais do século XIX, além dos retrocessos na fiscalização do trabalho escravo⁸ como recompensa à “bancada ruralista” (ligada ao agronegócio)⁹.

Ao lermos os 30 artigos da Declaração constatamos que boa parte dos princípios ali contidos são desrespeitados no Brasil, apesar dos avanços verificados nos anos democráticos —em especial, no período entre 2003 e 2016— no que se refere ao reconhecimento de direitos para populações excluídas, no combate à fome e à exclusão social.

No dia 10 de dezembro de 2018, nos salões da ONU e nos auditórios de parlamentos e universidades, serão realizadas solenidades comemorativas pelos 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Mais do que solenidades, o momento histórico nos convoca para cerrarmos fileiras e ocuparmos as ruas, as praças, os campos do Brasil, da América Latina, de todo o mundo, para continuarmos a lutar com toda a força e indignação necessária para que as palavras escritas naquela Declaração de 1948 saiam do papel e façam sentido efetivo para a emancipação humana.

criou as condições para que o país volte a viver a tragédia da exclusão social e da fome.

⁸ Portaria 1129/2017, publicada pelo Ministro do Trabalho do governo golpista de Michel Temer fragilizou a fiscalização sobre o trabalho escravo no país, recebendo severas críticas da Organização Internacional do Trabalho pelo retrocesso que significa tal política.

⁹ No momento em que o presente artigo foi escrito está na pauta de debates no Congresso Nacional a chamada “Reforma” da Previdência —outra exigência do capital financeiro globalizado— que, em caso de aprovação, acarretará perdas significativas de direitos para os trabalhadores e o direcionamento de recursos para a previdência privada.

Explorando el alcance del interés general: una bisagra entre la protección de la dignidad humana y el desarrollo económico¹

Joel M.F. Ramírez-Mendoza²

¿Qué podemos entender por interés general [en adelante: IG]? Esta pregunta desde el derecho ha generado diversos problemas de interpretación. Una interpretación rápida puede llevar a preguntarse si es un interés del estado fomentar la protección de la dignidad humana y con ello los derechos humanos. Esta posición podría llegar a entrar tensión con intenciones de desarrollo económico a mayor escala. Estas dos posibles interpretaciones pueden generar algún tipo de contradicción al momento en que se piensa relacionar en situaciones concretas. Estas dos divergencias pueden generar confrontaciones al revisar el debate en una situación concreta. Por lo anterior, más allá de dar una explicación, este texto intenta plantear un problema que nace de estas dos posibles interpretaciones.

El concepto de IG es supremamente ambiguo, y a pesar de ellos tiene una gran relevancia para solucionar problemas jurídicos concretos. Esto debido a que hay una afirmación constitucional en su artículo primero cuando se reza “la prevalencia del interés general”, esto reafirmado en el artículo 58 diciendo “el interés privado deberá ceder al interés público o social”. Pero más allá de contar con esta regla constitucional, sigue siendo sumamente complejo encontrar una definición de interés general. La Corte Constitucional ha mantenido la siguiente

¹ La presente contribución hace parte del proyecto de investigación: “Principios de armonización entre la función y alcance de la Justicia Internacional y las demandas surgidas en los procesos políticos de transición” (2017-2018), financiado por el Centro de Gestión del Conocimiento y la Innovación de la Universidad del Rosario y adscrito a la línea de investigación “Crítica al Derecho internacional desde fundamentos filosóficos” del grupo de investigación en Derecho internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Colombia).

² Abogado de la Universidad del Rosario, LLM en Derechos Humanos y Justicia Transicional Universidad de Ulster. [e-mail: morismr@gmail.com]

ratio decidendi: “la ley corresponderá definir y defender los intereses nacionales, y para ello puede intervenir en los asuntos locales, siempre que no se trate de materias de competencia exclusiva de las entidades territoriales. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que de lo que se trata es de armonizar los distintos intereses, y no simplemente de delimitarlos y separarlos” (Corte Constitucional. C-004, 1993; Corte Constitucional C-346, 1997).

Desde este punto de vista pareciera ser que la composición de IG se puede definir legalmente consultando directamente con las comunidades, por la cual resulta importante la participación ciudadana y el modelo de gobierno democrático. A pesar de los diferentes intereses que se pueden presentar en la comunidad, “se debe hacer la ponderación adecuada que consulte en lo posible su armonización, pero ‘se privilegiará el interés que concentre el mayor valor social’” (Corte Constitucional. C-478, 199; Corte Constitucional. C-346, 1997). Desde este punto de vista pareciera ser que la configuración del IG depende de la capacidad de armonizar todas las mayores cantidades de intereses locales por el cual concentre el mayor valor social. Pareciera ser que el método a utilizar es desde las bases sociales.

Si bien pareciera ser sencillo un paso argumentativo decir que el interés general está directamente relacionado con la dignidad humana, esto no pareciera ser tan obvio como uno quisiese. La forma de cómo estos conceptos se terminan relacionando es a partir del rol que debe tener el Estado en la economía.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) comienza en su preámbulo diciendo “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” (DUDH, 1948). De igual forma, también es llamativo encontrar que su primer artículo reza “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (DUDH, 1948, artículo 1). Estos dos apartados de la DUDH, donde se dice que estos derechos son de todos los miembros y de la familia humana y, además deben comportarse fraternalmente los unos con los otros, es un llamado al principio de solidaridad. La DUDH es un instrumento que nos permite ver que

todos los derechos humanos están interconectados teniendo como fin proteger y potencializar la dignidad de las personas; este es un instrumento que es parte del *corpus iuris* y, por tanto, debe ser tenido en cuenta para desarrollar actividades de interpretación y argumentación.

Estos instrumentos internacionales terminan siendo centro de las constituciones modernas como procesos de adaptación del derecho interno. De esta forma se ha entendido que la dignidad humana se relaciona directamente con los derechos humanos en tanto que éste es “como valor fundante del ordenamiento jurídico colombiano y principio orientador de derecho internacional de los derechos humanos” (Corte Constitucional. T-585, 2008). Lo que se busca al constitucionalizar la dignidad humana es que cada persona tenga derecho a establecer un plan o proyecto de vida, lo que implica poder efectivamente gozar de bienes y servicios que le permita desarrollar un papel activo en la sociedad (Corte Constitucional. T-277, 2003). Lo anteriormente dicho repercute en la función del Estado, en cuanto que pareciera ser que el Estado debería proveer dichos bienes y servicios para tener de un mínimo vital para que las personas se puedan desarrollar. (Corte Constitucional. SU-111, 1997b; Corte Constitucional. C-1036, 2003).

Para concretar lo anterior, un ejemplo son los servicios públicos, en tanto que resulta necesario que haya continuidad de los servicios de forma eficiente, esto como respuesta “a las necesidades imperantes de justicia material y de condiciones reales de igualdad” (Corte Constitucional. T-406, 1993; Corte Constitucional. T-558, 2006). En este punto concreto, es interesante encontrar como ciertos servicios públicos han sido considerados dentro de la categoría de IG, como son el caso del alumbrado público, transmisión de canales de televisión abierta y la actividad financiera (Corte Constitucional. C-653, 2003; Corte Constitucional. C-272, 2016; Corte Constitucional. C-1062, 2003). Ergo, habría base suficiente para suponer la figura del IG se trata más en asuntos relacionados con la actividad del Estado principalmente en asuntos relacionados a su participación en la economía, como son los servicios públicos.

Relacionando esto con el punto anterior, el IG consiste en armonizar la mayor cantidad de intereses locales, fijando así un mayor valor social. Este concepto, puede ayudar para establecer un deber del Esta-

do o para que éste proteja un interés que afecta a una porción grande de la población. De este modo, el IG generalmente se ha considerado para asuntos económicos y para tratar cual debe ser la actividad del Estado en la económica.

Es importante recordar que los Planes Nacionales de Desarrollo (PND), tienen un gran impacto del nivel económico pero no automáticamente se puede relacionar con IG. Precisamente uno de los casos que se puede traer a colación es la declara inexecutable el inciso 7 del artículo 20 de la Ley 1753 de 2015, por el cual se expidió el PND de 2014-2018. Este artículo creaba áreas de reserva para el desarrollo minero, y que a la luz del inciso 7, no permitía que la comunidad constase con información de los proyectos que fuesen a tratar alrededor de su domicilio. Por lo anterior la Corte Constitucional. si bien encontró que es una finalidad legítima, adecuada y necesaria, no encontró que ésta fuese proporcional en tanto que muestra privilegios injustificados. Estos privilegios hubieran conducido a situaciones violatorias de derechos humanos de la ciudadanía en general, en tanto que la geo-localización de las áreas de explotación tenía que ser reservadas, impidiendo a la ciudadanía, principalmente indígenas y afro-descendientes exigir al gobierno, dejando a las empresas en una posición de mayor control sobre la calidad ambiental (Corte Constitucional. C-221, 2016).

Esto resulta importante en tanto con la Corte estableció que “un supuesto crecimiento económico vinculado a daños ambientales o culturales irreversibles, a la extinción de los recursos y la biodiversidad, o a la afectación de ecosistemas estratégicos, no responde al interés general” (Corte Constitucional. C-389, 2016). Adicionalmente considera que “tanto el desarrollo, como el carácter multicultural y pluriétnico del Estado son asuntos amparados por la prevalencia del interés general y en cambio, el interés privado no tiene esta característica”. Esto da pie para afirmar que hace parte del IG el cuidado al medio ambiente, así como la relación de éste con la diversidad cultural y étnica.

En este sentido, resulta importante resaltar que si bien prima face un programa de desarrollo definido por la Ley, como es el caso de una Ley de PND, y a pesar de su músculo financiero, prima el IG, en este caso relacionado al medio ambiente y al interés local donde los

proyectos económicos se vayan a ejecutar. En este orden de ideas el IG sirve como una bisagra entre dignidad humana, y con ello los Derechos Humanos, intereses económicos y, en este caso, medio ambiente.

Lo anterior genera una serie de tensiones sociales, entre empresas mineras y la comunidad local próxima donde se podría desarrollar el proyecto. Ha habido diversos casos, algunos de ellos aún vigentes, como por el ejemplo proyecto minero La Colosa por AngloGold Ashanti en Cajamarca-Tolima (PAX, 2016) o el Páramo de Santurbán, cuyo primero proyecto minero fue Angosturas, que luego paso a llamarse UnderGround (Prada Ardila, 2012; Toro Pérez, 2012). En ambos casos se ha podido ver la importancia de la movilización social como una forma de participación democrática.

Desafortunadamente, podemos encontrar otros dos casos de empresas que terminan relacionándose con actores del conflicto armado, haciendo que la participación por parte de la comunidad sea imposible. Podríamos señalar el caso de Urapalma S.A. en donde el juzgado quinto penal especializado de Medellín condena a 20 empresarios de 9 compañías por haber se asociado con grupos de autodefensas para desplazar comunidades afrocolombianas de Curvaradó y Jiguanmiandó-Chocó (Laura Bernal-Bermúdez, 2017). También podríamos señalar el caso de las compañías Drummond y Glencore, en donde se reporta que estas empresas extractivas del carbón tuvieron relaciones con integrantes de defensas, constituyendo el frente Juan Andrés Álvarez, con funciones de proteger lugares aledaños a extracción de carbón y de la vía férrea, que terminó en desplazamientos forzados y homicidios (PAX, 2014)³.

Esto señala que si bien hay un marco normativo constitucional, esto difiere mucho de la realidad. En algunos casos es posible encontrar movilización social, mostrando que la sociedad es presta a participar. En otros casos, se clara la imposibilidad de hacerlo por la cercanía a actores del conflicto. Es claro que hay una difícil interacción entre lo que se intenta proteger constitucionalmente y el interés privado económico. Más grave aún, es interesante encontrar como los PND en

³ PAX *El lado oscuro del carbón. La violencia paramilitar en la zona minera del Cesar, Colombia* Revisado el 9 de abril de 2018. Obtenido en: <https://paxencolombia.org/wp-content/uploads/2016/11/PAX-el-lado-oscuro-del-carbon-v3.pdf>

este asunto, tiene mayor relación con el interés privado para la explotación minera, en vez de mostrar una propuesta que sirva encontrar el mayor valor social

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, establecida el 10 de diciembre de 1948, fue una reacción a lo sucedido en la Segunda Guerra Mundial, fijando unas metas de todas las personas pudiesen interactuar de forma fraterna encaminado al fortalecimiento de la dignidad de todos. Si bien estos derechos enlistados van paulatinamente implementándose y desarrollándose dentro de diversos derechos domésticos, aun cuentan con generar mayor impacto en las actuaciones económicas. Se debe reevaluar el concepto de desarrollo en donde se pueda unir el interés económico junto con los intereses locales. Si bien dogmáticamente el concepto de IG ha servido como una bisagra para relacionar la dignidad de las personas con intereses económicos en casos concretos, éste tiene de complejizarse con intereses privados con musculo financiero muy fuerte como es el caso de la minería.

La Corte Constitucional hace una invitación diciendo que el Estado debe establecer un modelo económico en donde se “obten gan los más altos beneficios, el menor daño posible para la realización de una actividad de tan alto impacto social y ambiental, el respaldo patrimonial y la gestión más adecuada de los perjuicios que se llegaren a causar” (Corte Constitucional, C-389, 2016). Esto mismo se reafirma en el artículo 80 constitucional, enunciado el modelo de desarrollo sostenible.

Estas metas que se establecieron en la DUDH y las invitaciones que se nos hace desde el Derecho Constitucional, éstas deben pensarse desde otras áreas derecho, como también de otras ciencias. Resulta necesario ver áreas que no han sido comúnmente leídas desde el lente de la dignidad humana, como es el caso del derecho civil.

La dimensión axiológico-programática de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

Jordi Bonet Pérez¹

Este artículo está ordenado a partir de las respuestas a las preguntas-guía recogidas en la metodología presentada por los organizadores —Instituto Joaquín Herrera Flores (IJHF), Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH) y Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH)— para componer esta obra crítico-reflexiva sobre el Sistema Internacional de Derechos Humanos.

La DUDH es considerada como un marco de consenso universal alcanzado en 1948, que se ha desarrollado a lo largo del tiempo. ¿Cómo comprender el multiculturalismo y los enfrentamientos entre culturas a partir de los valores consagrados en el universalismo de los derechos humanos?

Admitiendo que la Declaración de Viena, aprobada junto al Programa de Acción por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, subraya la universalidad de los derechos humanos al mismo tiempo que remarca “la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos” (párrafo 5), cabe realizar

¹ Doctor en Derecho y Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Barcelona (España). Ha sido miembro de la Junta Directiva del Institut de Drets Humans de Catalunya y del Observatorio DESC (España). Es miembro del Grupo de investigación Derecho Internacional y Derecho de la Unión Europea, e investigador principal de proyectos financiados por la Administraciones públicas española y catalana

una lectura e interpretación conciliadoras de la potencial dicotomía universalismo/particularismo.

En primer lugar, la DUDH es un punto de partida común político-jurídico —no solo simbólico— para identificar los términos mínimos del universalismo en materia de derechos humanos; eso sí, un referente político-jurídico teóricamente de mínimos.

En segundo lugar, la comprensión de la DUDH como un proyecto de mínimos permite afirmar la existencia de un espacio regulatorio abierto a la multiculturalidad en materia de derechos humanos y a la comprensión plural diferenciada de ciertos contenidos relacionados con los derechos humanos.

En tercer lugar, el universalismo expresa y da lugar, bajo la potencial cobertura del consenso general que en teoría pone de manifiesto, a que sean oponibles límites materiales al multiculturalismo: no es admisible cualquier diferencia de comprensión del contenido de los derechos humanos ni respecto a cualquier derecho humano. En particular, desde el prisma jurídico, no parece admisible ninguna práctica identificable como particular de una determinada aproximación cultural o ideológica a los derechos humanos que vulnere y/o niegue el contenido esencial de cualquiera de los mismos; tampoco, práctica alguna contraria a aquellos derechos humanos que son parte del *ius cogens*. Las normas imperativas de Derecho internacional en materia de derechos humanos no son disponibles ni político-jurídica ni jurídicamente en ninguna circunstancia —incluso de naturaleza excepcional— ni admiten excepción alguna.

Y, en cuarto lugar, la dificultad de identificar los márgenes de diferenciación cultural o ideológica de los derechos humanos que son admisibles no exime de la necesidad de establecerlos de forma operativa e, incluso, si así se precisa, casuísticamente. Dejando de lado la especificidad de aquellos que integran el *ius cogens*, esta operación debe partir de la determinación de cuál es el contenido esencial de cada derecho humano, integrando a este respecto como referentes axiológicos la dignidad humana y la igualdad. En cualquier caso, esta identificación representa un problema interpretativo que debe ser resuelto por órganos judiciales y de expertos independientes que sean competentes para aplicar e interpretar las normas jurídicas internacionales de derechos humanos.

Finalmente, los enfrentamientos culturales en lo que concierne a la comprensión de los derechos humanos, más allá de su potencial intrínseco en orden a la interpretación del alcance de los derechos humanos y, en definitiva, al encaje de valores subyacentes diferenciados frente a las exigencias de un proyecto universalista, tienen también mucho de desencuentro político que, en cierta forma, alimenta la realidad de la utilización de los derechos humanos como elemento y/o instrumento político (hacer política con los derechos humanos).

La interdependencia, indivisibilidad e interrelación de todos los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y el derecho al desarrollo) fueron reconocidas en la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993) como una complementariedad necesaria. En su opinión, ¿se ha consolidado este entendimiento de los derechos humanos en la práctica?

Con todas las dificultades que se quiera, la complementariedad tiende a verse subrayada paulatinamente a partir de algunas experiencias de las últimas décadas, sin perjuicio de que no pueda afirmarse que el nivel conseguido sea suficiente ni satisfactorio.

En primer lugar, cabe asumir que, desde el prisma jurídico-formal, a escala universal se ha producido una tendencia nítida hacia una convergencia —no total— entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales: primero, en lo relativo al nivel obligacional, en la medida en que la interpretación de los órganos competentes vienen subrayando que ni unos derechos humanos tienen solo un contenido negativo/abstencionista y también generan obligaciones positivas (derechos civiles y políticos), ni otros tienen solo un sentido positivo/prestacional (derechos económicos, sociales y culturales); y, segundo, por la aproximación entre los procedimientos de control respectivos llevado a cabo, como demuestra la adopción y entrada en vigor del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En segundo lugar, es pertinente señalar que la interpretación de los derechos civiles y políticos tiende cada vez más, en particular allá don-

de existen tribunales de derechos humanos, a admitir la interrelación de la efectividad de los derechos civiles y políticos con la protección de intereses o bienes jurídicos propios de los derechos económicos, sociales y culturales (por ejemplo, aspectos relativos al derecho a la salud se interrelacionan con el derecho a la vida). Se trata de la llamada *protección indirecta o protección de derechos a través de derechos*.

Esta perspectiva, puede ser complementada correlativamente con las aportaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que tiende asimismo a reforzar la incorporación como parte del contenido inescindible e indispensable de los derechos económicos, sociales y culturales de la protección jurídica otorgada por las garantías judiciales; en este sentido, por ejemplo, véase su Dictamen sobre la Comunicación 2/2014, I.D.G. contra España, de 17 de junio de 2015, en que se considera violado el derecho a la vivienda porque se “privó a la autora de defender adecuadamente su derecho a la vivienda ante un tribunal” (art. 11,1, leído conjuntamente con art. 2,1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

En tercer lugar, pese a que la conceptualización misma del derecho humano al desarrollo tiende a reforzar los lazos de interdependencia entre las diversas tipologías de derechos humanos, es de extrema importancia que la interacción se haya trasladado al plano operativo de la delimitación de las estrategias y programas de desarrollo de la ONU: no solo porque ciertos derechos humanos y/o los bienes jurídicos vinculados a ellos se encuadran en los Objetivos de Desarrollo del Milenio, sino porque los órganos competentes de la ONU despliegan su actividad bajo la denominada Estrategia Basada en Derechos Humanos, que, entre otras cosas, concibe las normas jurídicas internacionales de derechos humanos como fundamento de la legitimación de individuos y colectivos para reclamar avances en materia de bienestar social, así como la plenitud de los derechos civiles y políticos como referente del empoderamiento colectivo e individual en el proceso que es el desarrollo.

Estos avances, empero, no deben tampoco hacer olvidar las dificultades técnico-jurídicas pero sobre todo políticas que inducen a mantener niveles de alejamiento y de quebrantamiento de estas conexiones, en función de los intereses estatales subyacentes, por ejemplo, cuando un buen número de ellos enfrenta una crisis económica y coinciden en

aplicar, voluntaria o condicionadamente, medidas extremas de austeridad —sin perjuicio de que también en estas situaciones los derechos civiles y políticos se vean también amenazados de una forma más o menos directa—; lo mismo puede decirse, en sentido inverso, cuando deben abordar graves crisis políticas.

¿Hasta qué punto las intervenciones “humanitarias” y la propia racionalidad neoliberal utilizan el discurso ambivalente de los derechos humanos para otros fines?

Tradicionalmente, las denominadas intervenciones humanitarias unilaterales han apuntado a la presencia intrínseca de intereses o necesidades subyacentes de otra índole en el proceso de decisión y ejecución de las mismas; en un lenguaje más actual, consolidada la existencia de un proyecto de protección internacional de los derechos humanos, a la hipótesis de que se actúa así porque se defiende una *política exterior de derechos humanos*, basada en intereses de la Comunidad internacional, se le debe sumar de manera casi ineludible la existencia más o menos evidente de motivaciones que representan la idea de también jugar a hacer *política exterior con los derechos humanos*.

La impresión de que esta perspectiva es extensible a intervenciones humanitarias colectivas, e incluso a intervenciones humanitarias que se apoyan en una autorización del Consejo de Seguridad de la ONU, no es precisamente descabellada: la imposición de un *estatus quo* en un país o región, incluida la protección de ciertos intereses económicos, también puede ser compartida desde la perspectiva de aunar estabilidad y protección de las personas. En este sentido, solamente reseñar que, en referencia a la labor del Consejo de Seguridad, resulta significativo para identificar estos otros posibles fines a los cuales lo humanitario sirve de pantalla, tanto los supuestos en que se decide autorizar la intervención, como analizar en qué casos uno o más de los cinco miembros permanentes han amenazado o han ejercido el derecho de veto para impedir la toma de decisiones.

Igualmente, son significativos casos como el de la autorización del uso de la fuerza para proteger a la población en Libia (Resolución 1973 (2011) del Consejo de Seguridad): la responsabilidad de prote-

ger a la población civil se pretende ejercer sin desplegar sobre el terreno fuerzas armadas terrestres. Esta fórmula, así como su concreción en la resolución, permite vislumbrar de modo muy claro otras finalidades intrínsecas a la propia voluntad humanitaria; entre ellas pueden barajarse, desde un deseo de cambiar el régimen político, hasta la voluntad de minimizar al máximo las bajas propias en una operación de esta naturaleza. Eso sí, cabe preguntarse cuál ha sido el resultado humanitario real de esta intervención humanitaria (que no parece precisamente alentador).

¿Cuál es en su opinión el valor jurídico de la DUDH en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos actual?

La DUDH, partiendo de que es adoptada mediante una recomendación intersubjetiva de la Asamblea General de las Naciones Unidas, es un acto jurídico no vinculante que ha adquirido con el tiempo un indudable valor axiológico-programático, como referente universal de la toma de conciencia de la necesidad de respetar la dignidad humana, así como un valor político-jurídico como referente universal de las políticas institucionales de las Organizaciones internacionales, cualquiera que sea su especialidad funcional y de los Estados. Puede verse, por ejemplo, la función interpretativa que la DUDH detenta en España conforme al artículo 10.2 de la Constitución respecto a los derechos y libertades fundamentales constitucionalmente reconocidos.

Ahora bien, esta dimensión axiológica y político-jurídica no constituyen *per se* un título habilitante para otorgare automáticamente valor jurídico obligatorio a la DUDH: significa moverse entre valores y principios intersticiales del ordenamiento jurídico que no necesariamente han adquirido una dimensión jurídica (es decir, como principios jurídicos). De otra parte, es patente que la DUDH ha servido como punto de partida para el desarrollo plurinivel del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, visible en una extensa obra convencional a escala universal y regional.

La pregunta es, entonces, si todas estas credenciales, así como el consenso generalizado sobre su relevancia, desembocan naturalmente en la vinculación jurídica del conjunto de la Sociedad internacional, y de los Estados, respecto a su contenido, a partir de, por ejemplo, las

reiteradas expresiones sobre su significación ofrecidas en las Conferencias Mundiales de Derechos Humanos y/o en las resoluciones de los órganos de la ONU (y de otras Organizaciones internacionales) competentes en lo que concierne a los derechos humanos.

En la práctica, es difícil admitir que, a tenor de las reglas jurídicas más o menos difusas que establecen cómo se forma el Derecho internacional general, se pueda afirmar de manera tajante que el conjunto de la DUDH constituye hoy parte del Derecho internacional general (muy especialmente parece difícil afirmar que todas sus disposiciones son parte del Derecho internacional consuetudinario).

Más sencillo en el plano teórico, y más difícil en cuanto a una concreción caso por caso, es admitir que la DUDH representa y refleja un principio general del Derecho internacional que aboga por el respeto a la dignidad humana y/o la existencia de unas obligaciones *erga omnes* respecto a ciertos derechos fundamentales a nivel universal, así como una serie de principios generales del Derecho internacional que identifican la vinculación estatal con algunos derechos humanos enunciados en la DUDH. Igualmente, se puede afirmar que parte de las disposiciones de la DUDH que enuncian derechos humanos son hoy parte del Derecho internacional consuetudinario de carácter universal, algunas de ellas reflejando asimismo el *ius cogens* internacional (por lo que, en ese supuesto, es inadmisibles la existencia de opositores pertinaces a su formación y aplicación).

En definitiva, la DUDH tiene valor jurídico vinculante no tanto de modo intrínseco, sino en la medida en que refleja normas jurídicas de Derecho internacional general (lo que implica una tarea de distinción respecto a qué disposiciones lo hacen y cuáles otras no de no fácil solución) y, sobre todo, a partir de ese consenso general axiológico y político-jurídico, porque proyecta la existencia de unas mínimas normas jurídicas internacionales sobre derechos humanos que se constituyen en normas imperativas de Derecho internacional (eso sí, que no abarcan al conjunto de derechos y libertades que enuncia la DUDH).

Consolidando los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano: la justiciabilidad directa en la sentencia Lagos del Campo y la relatoría DESCA

Jorge Calderón Gamboa¹

Luego de un debate político truncado en la época de la guerra fría que derivó en la fragmentación de los derechos humanos, dividiéndolos en derechos civiles y políticos (DCP), por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales (DESC)², por el otro, en la actualidad emerge de nuevo la reivindicación del reconocimiento de la esencia integral de los derechos humanos como “derechos interdependientes e indivisibles”³, consagrados así desde su origen hace casi 70 años tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴ como en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH)⁵ (ambas de 1948). Así lo confirmó posteriormente la Conferencia de Viena con la Declaración y Programa de Acción en 1993⁶, la Carta

¹ Abogado coordinador *Senior* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y profesor visitante en Derecho Humanos de la Universidad para la Paz (con mandato de la ONU) (Costa Rica).

² Resoluciones de la Asamblea General de la ONU No. 543 (V) de 5 de febrero de 1952, mediante la cual la Asamblea decidió redactar dos Pactos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de DESC. Ver. Comentarios del Protocolo Facultativo del PIDESC. IIDH y CIJ. 2008. P. 16.

³ Resoluciones de la Asamblea General de la ONU No. 217 (III) de 10 de diciembre de 1948. Letra E. No. 421 de 4 de diciembre de 1950, Letra E, párr. 7 y Letra F, párr. 8.

⁴ Véase del artículo 22 en adelante.

⁵ Véase arts. VI, VII, XI a XVI, XXI a XXIII.

⁶ La Conferencia Mundial de Derechos Humanos se celebró por las Naciones Unidas en Viena, Austria, del 14 al 25 junio de 1993. Fue la primera conferencia de derechos humanos celebrada desde el fin de la Guerra Fría. El principal resultado

Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981⁷, el propio Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de DESC de 2008⁸ y las Directrices de Maastricht de 1997⁹, entre otros¹⁰.

No obstante, resulta fundamental recordar que desde 1969 la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, 1978)

de la conferencia fue la Declaración y Programa de Acción de Viena. Disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>

Entre otros, estableció que: 5. All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis. While the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds must be borne in mind, it is the duty of States, regardless of their political, economic and cultural systems, to promote and protect all human rights and fundamental freedoms. 98. To strengthen the enjoyment of economic, social and cultural rights, additional approaches should be examined, such as a system of indicators to measure progress in the realization of the rights set forth in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. There must be a concerted effort to ensure recognition of economic, social and cultural rights at the national, regional and international levels.

⁷ Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya". Preámbulo. Convencidos de que en lo sucesivo es esencial prestar especial atención al derecho al desarrollo y de que los derechos civiles y políticos no pueden ser disociados de los derechos económicos, sociales y culturales en su concepción y en su universalidad, y de que la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales constituye una garantía del disfrute de los derechos civiles y políticos

⁸ ONU. Fue aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 2008 y abierto a votación el 24 de septiembre de 2009. Entró en vigor el 5 de mayo de 2013.

El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (OP-ICESCR: Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, por sus siglas en inglés) es un protocolo adicional en el que se establecen mecanismos de denuncia e investigación para el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPCESCR.aspx>

⁹ Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 22-26 de enero de 1997.

¹⁰ Ver por ejemplo: Principios de Limburgo de 1986, relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. ECHR, *Case of Airey v. Ireland, Judgment of 9 October 1979*, Serie A, no. 32, para. 26.

expresamente advirtió la integralidad y protección de los derechos humanos en su Preámbulo:

“Reiter[ó] que con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, *si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos*”.

Considerando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) *aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia.*

Han convenido en lo siguiente: [...] [La cursiva es nuestra].

Es decir, dicha Convención regional fue pionera en ese reconocimiento expreso y dotó al tratado interamericano del Capítulo III titulado Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como de un artículo 26 que apunta por “la plena efectividad los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA, reformada por el Protocolo de Buenos Aires [...]”.

La Sentencia *Lagos del Campo vs. Perú* (2017)¹¹ (referente al despido irregular de un representante de trabajadores con motivo de ciertas ma-

¹¹ Corte IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340. (*En adelante, Caso Lagos del Campo*). Dicha Sentencia fue notificada y publicada el 13 de noviembre de 2017.

En resumen, Lagos del Campo era Presidente electo de la Asamblea General del Comité Electoral de la Comunidad Industrial de su empresa, Ceper-Pirelli. Durante una entrevista para la revista “La Razón” éste realizó unas declaraciones en las que denunció supuestas irregularidades del directorio de la empresa durante las elecciones. Por este motivo, se le sancionó con una falta laboral y el día 1 de julio de 1989 se procedió a su despido. Lagos interpuso una demanda ante un juzgado del trabajo, el cual reconoció el carácter improcedente e injustificado del despido. Sin embargo, un juzgado de segunda instancia revocó esta decisión declarando el despido legal y justificado. Todos los posteriores recursos planeados por Lagos del Campo fueron denegados o declarados improcedentes. En esta ocasión, la Corte encontró responsable internacionalmente al Estado del Perú por la violación del artículo 26 de la CADH, que dispone los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de este tratado, con motivo de la vulneración

nifestaciones publicadas en una revista gremial), representa por primera vez en la historia del Tribunal Interamericano, y luego de casi 40 años de jurisprudencia, la determinación (osadía para algunos) por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, Corte o Tribunal), de interpretar de manera directa (no indirecta ni únicamente progresiva) lo propiamente dispuesto en la CADH, a través de su artículo 26, para dar contenido a uno de los derechos mayormente consolidado en el mundo: el *derecho al trabajo*, mismo que cumple con todos los requisitos de interpretación que lo acreditan como un derecho exigible.

Lo anterior se erige como un nuevo paradigma jurídico no sólo para la jurisprudencia interamericana, sino también para el derecho internacional público. Con ello, se consagra la *puerta de entrada*, a nivel regional, a un determinado catálogo de Derechos Humanos, los cuales tendrán la posibilidad de ser analizados en vía internacional por un Tribunal especializado en la materia, a fin de determinar el alcance de sus obligaciones de respeto y garantía, sus límites y vías de implementación.

Por su parte, la propia Corte determinó en la Sentencia *Lagos del Campo* que:

[...] la Corte ha establecido previamente su competencia para conocer y resolver controversias relativas al artículo 26 de la Convención Americana, como parte integrante de los derechos enumerados en la misma, respecto de los cuales el artículo 1.1 confiere obligaciones generales de respeto y garantía a los Estados [...]. Asimismo, la Corte ha dispuesto importantes desarrollos jurisprudenciales en la materia, a la luz de diversos artículos convencionales. En atención a estos precedentes, con esta Sentencia se desarrolla y concreta una condena específica por la violación del artículo 26 de la [CADH], dispuesto en el Capítulo III, titulado Derechos Económicos, Sociales y Culturales de este tratado¹².

Así, el 31 de agosto de 2017, la Corte IDH dictó Sentencia mediante la cual declaró la responsabilidad internacional del Estado peruano en perjuicio del señor Alfredo Lagos del Campo con motivo del des-

del derecho al trabajo, en particular del derecho a la estabilidad laboral, derivado del despido irregular. Asimismo, la Corte declaró la violación del derecho a la libertad de expresión, a la libertad de asociación y del derecho al acceso a la justicia.

¹² *Caso Lagos del Campo*, párr. 154. El subrayado es nuestro.

pido irregular de su puesto de trabajo. La Sentencia *Lagos del Campo* analizó por primera ocasión, vía directa (es decir no a través de DCP sino del contenido propio o autónomo del derecho en cuestión), los contenidos básicos de los derechos al trabajo, particularmente a la *estabilidad laboral y el derecho de asociación* (artículo 26 en relación con los artículos 1.1, 13, 8 y 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante “la Convención”), así como hizo alusión a la fórmula del acceso a la justicia a fin de garantizar los DESCAs (artículos 8 y 25 de la misma). Además, se declaró la vulneración del derecho a la libertad de expresión y debido proceso (artículos 13 y 8 en relación con el artículo 1.1 de la Convención).

Para la interpretación de la justiciabilidad del derecho a la estabilidad laboral vía el artículo 26 convencional, la Corte IDH se refirió de manera puntual respecto de los siguientes elementos de verificación del derecho como exigible: 1) derivación a la Carta de la OEA; 2) la Declaración Americana; 3) el artículo 29 de la CADH; 4) la legislación interna; 5) el *corpus iuris* internacional; 6) el estándar derivado para el derecho; y la 7) la afectación al caso concreto¹³.

Otro hecho relevante para la región americana consiste en que, también en el mes de agosto de 2017, la CIDH implementó la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA), la cual es una oficina especialmente creada para apoyar a la CIDH en el cumplimiento de su mandato de promoción y protección de los DESCAs en las Américas¹⁴. Hasta el momento esta oficina aún no ha emitido informes o participado en el litigio de algún

¹³ *Caso Lagos del Campo*, párrs. 143 a 154.

¹⁴ El Comisionado Paulo Vannuchi, encargado de la Unidad DESCAs informó que “Contar con una Relatora Especial trabajando a tiempo completo en la Comisión para defender, promover y proteger los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de los y las habitantes de América es de gran trascendencia en la historia de la CIDH y en la historia de la protección de los derechos humanos en la región” [...]. “Existen enormes desafíos en la garantía de los DESCAs en la región y tengo la confianza que la nueva Relatoría Especial se convertirá en una herramienta importante para continuar los esfuerzos ya implementados y avanzar en el respeto y garantía de estos derechos. La comunidad interamericana aguardaba este momento que significa una importante conquista de la sociedad civil y los Estados de la región”. Comunicado de Prensa de la CIDH. <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/090.asp>

caso contencioso. No obstante, con la Sentencia *Lagos del Campo*, la nueva Relatoría DESCA¹⁵ emitió su primer comunicado de prensa, en el que saludó la decisión de la Corte IDH y destacó que “esta decisión representa un hito histórico en la jurisprudencia interamericana y un paso hacia adelante en la región en la interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los DESCA”¹⁶.

Pasado, Presente y Futuro: Reflexiones en torno a la relevancia y desafíos de la justiciabilidad¹⁷ de los DESCA en el Sistema Interamericano

La jurisprudencia de la Corte IDH en materia de DESCA se puede apreciar desde los siguientes tres momentos.

El Pasado

En esa etapa se desarrolló de manera importante la “protección indirecta” de algunos DESCA, a través de la interpretación de derechos civiles y políticos (arts. 4, 5, 21 y 24)¹⁸. También se dieron algunas luces en cuanto al entendimiento del análisis de “la progresividad” de estos derechos, sin que se pudiera declarar una violación específica en el caso concreto¹⁹. No obstante, fue relevante que la Corte estableciera su competencia para conocer del artículo 26 convencional sin cerrar la puerta a su interpretación²⁰. También se emitió un fallo en el

¹⁵ Sobre la inclusión del término “DESCA”, se refiere a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Nótese también que la CIDH ha creado la REDESCA.

¹⁶ D181/17-Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales saluda histórica decisión de la Corte IDH sobre justiciabilidad en materia de DESCA. Washington, D.C., 15 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/181.asp>

¹⁷ El término *justiciabilidad* se refiere a la posibilidad de exigir a través de un mecanismo jurídico el cumplimiento o restitución de un derecho.

¹⁸ Por ejemplo, casos como *Ximenes López Vs. Brasil*, *Suárez Peralta Vs. Ecuador*, *Panchito López Vs. Paraguay*, y *Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, etc.

¹⁹ Casos *Cinco Pensionistas y Acevedo Buendía Vs. Perú*.

²⁰ Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198.

que se declaró la violación del derecho a la educación, derivado de la violación del artículo 13 del Protocolo de San Salvador²¹.

El Presente

La interpretación actual del artículo 26 de la Convención Americana en la Sentencia *Lagos del Campo* abre un portal para la justiciaabilidad directa de los DESCAs, siempre y cuando el derecho en análisis cumpla con ciertos elementos de “verificación de su consolidación como derecho exigible”. Por el momento, en la Sentencia *Lagos del Campo*, los derechos al trabajo (*estabilidad laboral*) y de asociación se configuraron como derechos vinculantes en esos términos. Sin embargo, queda aún un catálogo importante de derechos por ser interpretados, los cuales se derivan de la Carta de la OEA, la Declaración Americana y el *corpus iuris* nacional e internacional.

Recientemente en noviembre 2017, la Corte reiteró los estándares de *Lagos del Campo* en el caso *Petroperú y otros vs. Perú*²², respecto de la violación del artículo 26 referente también al derecho al trabajo. Adicionalmente, hoy en día la Corte cuenta con varios casos pendiente de sentencia, donde se alegó por parte de los representantes la violación del artículo 26 de la CADH (Ejemplo: *Caso Poblete Vilches vs. Chile*, respecto del derecho a la salud de adultos mayores²³) y otros en los que se podría derivar quizás tal violación de su interpretación (*San Miguel Sosa vs. Venezuela*, *Cuscul Pivaral vs. Guatemala*, *OC-23 sobre Medio Ambiente, entre otros*), por lo que la Corte tendrá la oportunidad de verificar su consolidación y afianzar los estándares de justiciaabilidad en la materia.

²¹ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298. Al respecto, la Corte declaró responsable internacionalmente a Ecuador por ciertas violaciones de derechos humanos cometidas por el contagio con VIH a Talía Gabriela Gonzales Lluy cuando tenía tres años de edad.

²² Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre 2017. Serie C No. 344.

²³ Ver. http://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/poblete_vilches.pdf

El Futuro inmediato

Una vez abierto este portal, los usuarios del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y la propia Corte IDH deberán ir afinando la argumentación empleada para hacer justiciable de manera directa cada derecho exigible y sobre todo para determinar su alcance²⁴. Sólo este aspecto puede involucrar unas cuantas décadas de jurisprudencia. Por su parte, el litigio de temas sobre educación y sindicales, vía el Protocolo de San Salvador representa una vía viable, vigente y en deuda (véase, por ejemplo, el *Caso Gonzalez Lluy vs. Ecuador*). Debemos tomar en cuenta que el Protocolo de San Salvador va a cumplir 30 años de su adopción y la Convención Americana casi 50 años. Los DESCAs analizados en estos instrumentos y los estándares desarrollados aún son mínimos, por lo que resulta indispensable abordarlos y visibilizarlos. Para ello, el diálogo entre organismos internacionales especializados en materia de los DESCAs será cada vez más intenso (Comité DESC-ONU), al igual que la atención a los avances ya alcanzados a nivel interno, a través de altas cortes y organismos de derechos humanos. Considero que la Relatoría DESCAs de la Comisión IDH podrá jugar un papel crucial en dar forma a este nuevo paradigma desde la preparación y selección de casos estratégicos, así como de informes temáticos y a través del posicionamiento del tema en toda la región, incluso más allá de exclusivamente los Estados que han adherido la Convención Americana.

Otro desafío fundamental será definir dos catálogos de deberes que se derivan del artículo 26 convencional. Por un lado, el contenido y alcance de las “obligaciones *inmediatas y directas*”, bajo el umbral de las obligaciones generales de respeto y garantía (1.1 y 2). Para ello, serán indispensables los desarrollos referentes a los *contenidos esenciales* de los DESCAs (lo cual es parte ya del presente). Por otra parte, el contenido, metodología y alcance de “los deberes de progresividad y no regresividad”, a la luz también de los indicadores de progreso y

²⁴ Estimo indispensable que el SIDH enfrente de manera celera e integral las temáticas más urgentes y básicas para la región, tales como: la desigualdad, discriminación y pobreza estructural, educación, salud, derechos laborales y ambientales, acceso a la justicia y otros derechos en deuda (i.e. artículos 12 a 18 del Protocolo).

temas de desigualdad y no discriminación²⁵. Estos preceptos plantean retos para el litigio de otro tipo de casos con dilemas y contenidos más generales, que puedan incluir, entre otros, políticas públicas o distribución de los recursos sin discriminación e incluso acciones colectivas.

La “*Reparación Integral*” con nexo causal será otro escenario de concreción crucial para definir de manera coherente el análisis de fondo de un caso con el alcance de las medidas integrales dispuestas por la Corte IDH. Estimo que con ello, se podrá brindar a los usuarios del SIDH mayor transparencia y certidumbre, sobre todo en medidas tales como: *Restitución, Satisfacción y Garantías de no repetición*.

Como parte del futuro mediato para la agenda de los DESCAs se puede vislumbrar también la relevancia de comenzar a analizar en el SIDH, mediante informe, foros, y peticiones individuales y colectivas, algunas “temáticas emergentes” que indiscutiblemente impactan estos derechos y ya son una realidad que debemos abordar de manera integral. Por ejemplo: i) en el *tema ambiental*: problemas transfronterizos, el uso de energías renovables, la calidad del aire y del agua, así como su acceso, tratamiento de desechos, movilidad urbana, el desarrollo de una justicia climática y ambiental regional, etc; ii) *responsabilidad empresarial*: en relación con temas laborales, ambientales, de salud y conocimientos tradicionales de pueblos originarios, etc; iii) *aproximaciones a la responsabilidad individual y colectiva* respecto de los DESCAs, particularmente la responsabilidad compartida entre los Estados; iv) *en las tecnologías*: la inteligencia artificial y derechos laborales, bioética, movilidad humana, etc; v) *interseccionalidad de los DESCAs* con otros derechos y grupos en situación de vulnerabilidad; vi) interrelación entre el desarrollo sostenible, procesamiento de alimentos,

²⁵ Ver. Grupo de Trabajo para el Análisis de los Informes Nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador. El Grupo de Trabajo elaboró el Documento “Indicadores de progreso para medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador” (OEA/Ser.L/XXV.2.1, diciembre 2011), realizado en base a las Normas y a los Lineamientos presentados por la CIDH, que fue elevado a consulta a los Estados y la sociedad civil y aprobado por la Asamblea General en su XLII período de sesiones ordinarias celebrada en Cochabamba, Bolivia en junio de 2012 (AG/RES. 2713 (XLII-O/12)). Ver también, Comentarios del Protocolo Facultativo del PIDESC. IIDH y CIJ. 2008. pp. 15 a 26.

crisis alimentaria, comercio internacional y derechos humanos, entre muchos otros.

En conclusión a lo anterior, la Sentencia *Lagos del Campo* de la Corte IDH se posiciona como parteaguas en una nueva época jurisprudencial para los derechos humanos, que se actualiza en mayor medida con los principales acontecimientos de las realidades de nuestro continente derivado de las condiciones de pobreza, desigualdad y falta de oportunidades de la población²⁶. Así, podemos comprender que la justiciabilidad se refiere a la posibilidad de exigir, a través de un mecanismo jurídico, el cumplimiento o restitución de un derecho. Es decir, los derechos en cuestión adquieren vigencia real al ser vinculantes para quien tiene el deber de cumplirlos y exigibles para sus beneficiarios. En consecuencia, podemos decir que *los DESCA ahora tienen vigencia y comienzan su consolidación en el SIDH*.

Con la madurez adquirida por una Corte IDH cerca de alcanzar sus 40 años de funcionamiento, el paso dado en la Sentencia *Lagos del Campo* es un claro ejemplo del liderazgo, visión y sensibilidad del más alto Tribunal de Derechos Humanos de la región americana, ya que contribuye en la evolución y co-creación del derecho internacional de los derechos humanos.

Frente a este escenario podemos afirmar que *es el tiempo de los DESCA*. Es momento de atenderlos, estudiarlos, analizarlos y determinar sus alcances. Sólo así, y no ignorándolos, se podrá lograr la esencia y espíritu integral de invisibilidad e interdependencia de los Derechos Humanos, tal cual fue concebido desde hace casi 70 años de las Declaraciones Americana y Universal de Derechos Humanos y casi 50 años de la CADH. Sin lugar a duda, la justiciabilidad de los DES-

²⁶ Esto no quiere decir que ya no se presenten violaciones a los derechos civiles y políticos, sino que con motivo de la posibilidad (justiciable) de pronunciarse sobre tales derechos en los más de 30 años de jurisprudencia de la Corte IDH, ha permitido un análisis más profundo de sus obligaciones y por ende las problemáticas en esas materias han migrado a desarrollos más técnicos o sofisticados, y cada vez menos en la perpetración de graves violaciones, deliberadas y sistemáticas (con sus excepciones). Por el contrario, en materia de los DESCA continuaba reinando la impunidad jurídica en aras de que algún día habría los recursos necesarios para atenderlos, generando cada vez una región más desigual, con falta de oportunidades e insostenible.

CA, a través de su respeto y garantía, era una deuda pendiente y ahora el paradigma jurídico más emergente para los Derechos Humanos.

Finalmente llegó este paso para el SIDH, pero con ello vendrán importantes desafíos para garantizar y desarrollar de manera sólida estándares realistas y útiles para la implementación de los DESCAs en las Américas. Si bien la mayoría de estos derechos ya se encuentran reconocidos a nivel interno en la región, su exigibilidad en vía internacional amplía su vigencia y posibilidades de alcanzar justicia en casos concretos. En mi parecer, es menester de todos los usuarios y beneficiarios del Sistema Interamericano que esta meta navegue hacia buen puerto y contribuya al desarrollo integral de nuestras sociedades, bajo “el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria” (Declaración Universal de Derechos Humanos), pero sobretodo tendiente a su realización integral como individuo en sociedad y participe de forma activa en la evolución consciente del planeta.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos y la diversidad cultural

José Antonio Musso¹

Este artículo está ordenado a partir de las respuestas a las preguntas-guía recogidas en la metodología presentada por los organizadores —Instituto Joaquín Herrera Flores (IJHF), Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH) y Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH)— para componer esta obra crítico-reflexiva sobre el Sistema Internacional de Derechos Humanos.

La DUDH es considerada como un marco de consenso universal alcanzado en 1948, que se ha desarrollado a lo largo del tiempo. ¿Cómo comprender el multiculturalismo y los enfrentamientos entre culturas a partir de los valores consagrados en el universalismo de los derechos humanos?

El preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) establece el compromiso de los Estados miembros de las Naciones Unidas de asegurar, en cooperación con la Organización, el respeto universal y efectivo a los derechos humanos y libertades fundamentales, y el siguiente párrafo destaca que una concepción común de tales derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de ese compromiso. Queda allí esbozada la idea que la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de 1968 recogió al declarar en la Proclamación de Teherán que la DUDH enuncia una

¹ Doctor en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid (España), con Maestría en Derechos Humanos por la Universidad Nacional de La Plata (Argentina). Profesor Titular de Derecho Internacional Público y de Derechos Humanos en la Universidad Católica de Santiago del Estero (Argentina). Miembro de la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

concepción común a todos los pueblos de los derechos de que se trata. De este modo, el marco de consenso alcanzado en 1948 a través de la Declaración se amplió considerablemente debido al apoyo de más de un centenar de Estados que el instrumento recibió en el texto proclamado por la conferencia.

El carácter universal de los derechos humanos ha sido reafirmado en la Segunda Conferencia Internacional de Derechos Humanos (Viena, 1993) y está basado en la idea de humanidad común. Tal universalismo no equivale a uniformidad, y así se desprende de la Declaración de Viena y del Documento Final de la Cumbre Mundial 2005. Este último instrumento destaca que es necesario tener en cuenta la importancia de las peculiaridades nacionales y regionales y los diversos antecedentes históricos, culturales y religiosos, destacando al mismo tiempo que todos los Estados, con independencia de su sistema político, económico y cultural, tienen la obligación de promover y proteger todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

La DUDH plantea un modelo de convivencia en el cual el deber de comportamiento señalado en el primero de sus artículos es de particular relevancia: cada persona debe considerar a cualquier otro miembro de la familia humana como alguien que tiene la misma dignidad e iguales derechos.

Los derechos culturales constituyen un elemento clave de dicho modelo. El artículo 27 de la Declaración proclama, entre otras cosas, que toda persona tiene derecho a participar libremente en la vida cultural de la comunidad. Cualquiera haya sido el pensamiento de los redactores del instrumento, el principio de interpretación evolutiva que caracteriza al Derecho Internacional de los Derechos Humanos lleva a considerar que en esos términos no subyace la idea de homogeneidad cultural y que la comunidad a la que se refieren bien puede ser una sociedad multicultural. Por eso los pueblos indígenas, de acuerdo con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones (políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales) y a la vez mantienen su derecho a participar en la vida política, económica, social y cultural del Estado, si lo desean.

Y si cada persona tiene deberes respecto a la comunidad, pues en ella puede desarrollar de manera libre y plena su personalidad (art. 29,

DUDH), es válido sostener que el contenido específico de uno de esos deberes se halla definido en la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural (2001), que hace hincapié en que resulta indispensable una interacción armoniosa y una voluntad de convivir de personas y de grupos con identidades culturales plurales, variadas y dinámicas, y postula la defensa de la diversidad cultural como un imperativo ético, subrayando que esto supone el compromiso de respetar los derechos humanos, en particular los derechos de las personas que pertenecen a minorías y los derechos de los pueblos indígenas. También expresa la Declaración de la UNESCO que no se puede invocar la diversidad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el Derecho Internacional ni para limitar su alcance.

Por otro lado, los migrantes y refugiados merecen un trato acorde a los valores de la tolerancia y la solidaridad, dos de los valores consagrados en el universalismo de los derechos humanos. En este sentido, cabe señalar que la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes (2016) remarca, al igual que otros instrumentos internacionales, que la diversidad enriquece a toda sociedad, y agrega que contribuye a la cohesión social. Pone de relieve además que la demonización de dichas personas es un grave atentado contra los valores de dignidad e igualdad de todos los seres humanos que la comunidad internacional se ha comprometido a defender.

La interdependencia, indivisibilidad e interrelación de todos los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y el derecho al desarrollo) fueron reconocidas en la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993) como una complementariedad necesaria. En su opinión, ¿se ha consolidado este entendimiento de los derechos humanos en la práctica?

La interdependencia, indivisibilidad e interrelación de todos los derechos humanos ya aparecen implícitas en el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La referencia al ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, que también aparece allí, puede interpretarse como una

temprana alusión al concepto de seguridad humana, un concepto que comenzó a desarrollarse a partir de 1994.

La Declaración de Viena de 1993 retoma la cuestión, haciendo más explícitas la complementariedad necesaria que surge de lo afirmado en los Pactos y que no debe perderse de vista al tomar medidas orientadas a la promoción y protección de los derechos humanos.

La adopción del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 2008 y su entrada en vigor en 2013 son avances muy importantes, pero el entendimiento de los derechos humanos como interdependientes, indivisibles e interrelacionados aún no se ha consolidado suficientemente en la práctica.

En la medida que subsistan los actuales niveles de pobreza, desigualdad, discriminación y otros factores que inciden negativamente en la realización de los derechos humanos en su conjunto, las expectativas de lograr la plena efectividad de todos ellos no son las mejores. La desigualdad en América Latina es especialmente preocupante, aunque la enorme concentración de riqueza en manos de unos pocos es un fenómeno global. A ello se suma el hecho de que la liberación de recursos a través del desarme para lograr progresos en la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales y fortalecer las posibilidades de desarrollo no ha alcanzado aún el nivel requerido. La adopción el 7 de julio de 2017 del Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares es un paso adelante, pero los Estados poseedores de este tipo de armas no han participado en la negociación del Tratado y no están dispuestos a aceptar los compromisos que de él derivan.

Cuando la Declaración Universal hace una referencia genérica a los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a la dignidad de las personas y al libre desarrollo de su personalidad (art. 22), identifica como el titular de ellos a “toda persona, como miembro de la sociedad”. Por ende, a la sociedad civil le cabe un rol preponderante en la promoción de esos derechos, cuya satisfacción suele verse postergada a causa de políticas públicas que carecen de la adecuada perspectiva de derechos humanos o como consecuencia de la desviación o insuficiencia de los recursos disponibles.

Para que las organizaciones de la sociedad civil puedan cumplir su rol de la manera más amplia debe incrementarse su participación en el sistema de las Naciones Unidas y en otros ámbitos, tanto en el

plano nacional como en el internacional, y sus aspiraciones deben ser contempladas en consonancia con lo que demanda el cumplimiento de los objetivos planteados en distintos instrumentos o el desarrollo progresivo de ciertos derechos, como el derecho humano a la paz. La Declaración de Santiago sobre el Derecho Humano a la Paz, en su versión actualizada el 20 de septiembre de 2017, pone de resalto que los elementos constitutivos de ese derecho están contenidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ya que menciono la Declaración de Santiago, me parece oportuno recordar que refleja las legítimas pretensiones de la sociedad civil en torno a un derecho del que no solo son titulares los pueblos, sino también las personas.

Asimismo, el avance hacia la concreción de los objetivos de la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible será fundamental para que el entendimiento de los derechos humanos plasmado en la Declaración de Viena se consolide en la práctica.

¿Hasta qué punto las intervenciones “humanitarias” y la propia racionalidad neoliberal utilizan el discurso ambivalente de los derechos humanos para otros fines?

En su informe de 2001, la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados ha estimado conveniente dejar de lado la expresión “intervención humanitaria” e introducir el concepto de responsabilidad de proteger, que comprende tres responsabilidades específicas —de prevenir, de reaccionar y de reconstruir— y contempla la intervención militar con fines de protección humana como último recurso, en caso de grandes pérdidas de vidas humanas o de depuración étnica a gran escala, y bajo los demás principios precautorios previstos en el informe, siendo el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas la autoridad competente para autorizar dicha intervención.

En la práctica, los Estados solamente se han mostrado dispuestos a actuar cuando, además de las razones humanitarias, tienen otros motivos para hacerlo, de mayor peso incluso que las consideraciones de carácter humanitario. Por eso la Comisión prevé en su informe que

el fin primordial de la intervención, independientemente de que los Estados participantes tengan otros motivos para involucrarse, debe ser detener o evitar el sufrimiento humano, agregando que la mejor forma de cumplir con ese principio es que las operaciones sean multilaterales y exista un claro respaldo de las víctimas.

El Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005 da cuenta de la disposición a adoptar, en cada caso concreto, medidas colectivas por conducto del Consejo de Seguridad, de conformidad con la Carta, si se demuestra que los medios pacíficos son inadecuados y que las autoridades nacionales no protegen a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. Con posterioridad, el Consejo de Seguridad ha invocado la responsabilidad de proteger en diversas resoluciones, entre ellas las resoluciones 1970 (2011) y 1973 (2011) que aplicaron medidas con respecto a Libia.

Más allá de los cambios propuestos y aceptados, que el fin primordial de las intervenciones a que se refiere la pregunta sea el de evitar o poner fin al sufrimiento humano en los supuestos ya mencionados es todavía un objetivo pendiente. Además, la adopción de medidas en el marco de la responsabilidad de proteger encuentra un obstáculo en el hecho de que los intereses de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad suelen prevalecer sobre cualquier otra consideración.

La dimensión más importante y necesaria de la responsabilidad de proteger es, sin duda, la responsabilidad de prevenir, y su implementación requiere una actuación oportuna y eficaz del Consejo de Seguridad.

En cuanto al resto de la pregunta, si bien la racionalidad neoliberal utiliza el discurso de los derechos humanos para perseguir otros fines, eso solo puede suceder hasta cierto punto, en razón de las normas internacionales aplicables a la materia. Por ejemplo, un Estado, alegando la necesidad de mejorar la capacidad de garantizar los derechos de determinadas personas pero con el fin de reducir la intervención estatal, podría contratar a empresas privadas para que ejerzan atribuciones del poder público. Sin embargo, hay que tener presente que el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado pero esté facultada por el respectivo derecho interno para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según

el Derecho Internacional, siempre que, en el caso de que se trate, tal persona o entidad actúe en esa calidad, según lo previsto en el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad internacional del Estado.

¿Cuál es en su opinión el valor jurídico de la DUDH en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos actual?

Hace cincuenta años la Primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos proclamó que la concepción común a todos los pueblos de los derechos humanos y libertades fundamentales enunciada en la Declaración Universal es obligatoria para la comunidad internacional. Con mayor razón lo es en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos actual.

Sigue siendo constante fuente de inspiración, pero al mismo tiempo tiene valor jurídico vinculante porque es fuente de obligaciones jurídicas para los Estados. Al respecto, se impone recordar que tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales mencionan la Declaración Universal, en el preámbulo, diciendo que, con arreglo a ella, no podrá realizarse el ideal del ser humano liberado del temor y de la miseria a menos que se creen las condiciones para que cada persona disfrute de todos sus derechos. En el contexto de los Pactos, son los Estados partes los obligados a crear esas condiciones, pero el verdadero origen de tales obligaciones es la Declaración Universal, como también se desprende del documento emanado de la Cumbre Mundial 2005, que recoge el solemne compromiso de los Estados de cumplir con su obligación de promover el respeto, el goce y la protección universales de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas, de conformidad con lo dispuesto en la Carta, la Declaración Universal y otros instrumentos relacionados con los derechos humanos y el Derecho Internacional.

Además del argumento relativo a que la Declaración Universal ha sido convalidada por la práctica de los Estados, otras razones son consideradas en la doctrina para postular el valor jurídico de la DUDH. Se sostiene que constituye una proyección de la Carta de las Naciones Unidas, porque define cuáles son los derechos y libertades

que la Carta manda respetar, en cooperación con la Organización. A su vez, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos son una proyección de la Declaración, porque la toman como punto de partida para un desarrollo más completo de los derechos y libertades reconocidos en ella.

A setenta años de su aprobación, la Declaración Universal se mantiene como un instrumento vivo y dinámico, tanto por su contenido explícito como por su contenido implícito. Prueba de esto último es que derechos emergentes como el derecho a un orden internacional democrático y equitativo y el derecho a la solidaridad internacional encuentran en la Declaración un punto de apoyo sumamente importante.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Jogo de Espelhos Distorcidos da Modernidade

José Carlos Moreira da Silva Filho¹

Em “As Origens do Totalitarismo”, Hannah Arendt afirmou que nada scandalizou mais os que chegaram a acreditar em um conceito em si de ser humano do que se deparar com alguém que era apenas humano, que não estava referido a nenhuma comunidade nacional, que havia sido privado, expulso, da sua nacionalidade², que restava à margem de qualquer proteção, descartável. É também possível entender a materialização do refugio humano para inúmeras zonas de exceção, nas quais hoje, no marco dos 70 anos da Declaração, a nacionalidade e o caráter abstrato de sujeito de direito, embora não cancelados, se apresentam para os que ali se situam como uma miragem. Nada mais são do que o portal impenetrável de Kafka em “Diante da Lei”. Penitenciárias, campos de refugiados, periferias ocupadas por forças militarizadas, prisões secretas, terras sob a mira de drones, espaços da fome, da precariedade, da miséria, da desigualdade.

Constatado o escândalo, ineliminável pelas sucessivas atualizações de tratados de direitos humanos, ou pela incorporação desses direitos nas Constituições nacionais como direitos fundamentais, ou pela multiplicação de jurisdições internacionais de direitos humanos, apresenta-se a incontornável pergunta:

¹ Professor no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (mestrado e doutorado) da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUCRS; Ex-Vice Presidente da Comissão de Anistia do Brasil (2007-2016).

² Eis a célebre passagem: “O conceito de direitos humanos, baseado na suposta existência de um ser humano em si, desmoronou no mesmo instante em que aqueles que diziam acreditar nele se confrontaram pela primeira vez com seres que haviam realmente perdido todas as outras qualidades e relações específicas-exceto que ainda eram humanos. O mundo não viu nada de sagrado na bastrata nudez de ser unicamente humano” (ARENDR, 1989: 333).

Por que o consenso alcançado em 1948, e a concepção universalista dos direitos humanos que daí decorreu, pouco valeram e pouco valem para os “apenas humanos”?

Para enfrentar essa questão é preciso identificar uma doença congênita da modernidade, que se materializa em um jogo de espelhos distorcidos. A doença se instalou quando se trocou a resposta à injustiça e à violência pela ideia de igualdade (Mate, 2011: 9-39). A troca foi pela ideia, frise-se bem, não pela experiência da igualdade. Na medida em que o passado foi identificado com o erro e com as trevas, no seu lugar instalou-se a luz da razão que passou, a partir daquele momento inaugural, a iluminar o futuro, a pavimentar a estrada ascendente do progresso (Benjamin, [1994]: 222-232). Como toda luz, a razão vinha de alguma fonte, mas de uma fonte sem história, sem existência concreta, uma abstração, presumida, cujos vínculos foram apagados, e pairam no céu dos conceitos como pontos sem dimensão (Taylor, 1997: 223).

Demarcar um sujeito abstrato, unidimensional e idêntico em seus atributos como ponto de partida conceitual é reforçar a invisibilidade da desigualdade e da injustiça herdada concretamente do passado, é também apagar a pluralidade original dos seres humanos reais e das comunidades nas quais desde sempre viveram. Esse ser abstrato, sujeito de direitos, assimilado em sua primeira geração como indivíduo em si, não tem existência real, não é compreendido pela ausência concreta de satisfação de necessidades que aflige milhões de pessoas, e é independente da pluralidade que origina os seres humanos reais. Seu império instaura a incessante repetição do apagamento dos rastros, a invisibilidade da memória da violência, da dor, da injustiça, assumida como um efeito colateral do caminho do progresso. Apaga também o reconhecimento das vozes, dos lugares e das identidades, que passam a ser domesticadas e instrumentalizadas pelo pressuposto universalista.

Vão se acumulando as lágrimas, as dores, as injustiças, as pilhas de cadáveres e escombros, vão se anulando as peculiares visões de mundo e as experiências que demarcam as existências reais do humano, a elas se retira a autoridade hermenêutica. Tais experiências, que deveriam ser o verdadeiro ponto de partida para se pensar os direitos

humanos (Herrera Flores, 2009: 203-216), são desalojadas do seu lugar constitutivo e cedem à ideia de direitos para um sujeito abstrato.

Contudo, esse sujeito abstrato é moldado em um sistema econômico e social que depende da fabricação da desigualdade real para se manter (Galceran Huguet, 2016: 94-95). O capitalismo mantém em mira as abstrações de um mercado que se autorregula e de sujeitos igualmente responsáveis, racionais e aptos a se guiarem pelos cálculos de uma razão instrumental universal, mas ao mesmo tempo assume como fatalidades pré-modernas, como escolhas individuais, como custos necessários, ou até como fatos inexistentes, a morte e a destruição gerada por sua própria dinâmica, seja nas guerras, seja na violência do controle penal, seja nas ditaduras, seja no abandono de milhões à sua própria sorte, sem teto, sem comida, sem emprego, sem saúde.

Essa ambiguidade constitutiva da modernidade e do conceito de direitos humanos nos ajuda a explicar porque os direitos humanos podem ser utilizados para violarem os direitos humanos (Hinkellamert, 2003: 187-249), porque a colonização, o imperialismo, o racismo, o fascismo e o genocídio não são em geral percebidos como elementos estruturantes da modernidade capitalista, embora indiscutivelmente o sejam (Morrison, 2012: 305-322).

Quando o ser humano é retirado das suas experiências e vivências concretas, do contexto político, social e cultural, no qual suas ações se apresentam e fazem sentido, passa a ser alvo fácil do cálculo instrumental que perpassa as relações de poder no mundo, seu direito é mediado por interesses que comandam o uso das abstrações (Lyra Filho, [1991]). Os indígenas devem ser submetidos para a salvação das suas almas, proteção e para o aproveitamento racional das suas riquezas. A liberdade de comércio deve ser garantida para que os traficantes de escravos possam continuar seu empreendimento. A sociedade deve ser vigiada, censurada e reprimida em nome da proteção dos valores cristãos, da família e da democracia. As condições de estabilidade e sustento geradas pelo trabalho digno devem ser substituídas pela precariedade e volatilidade, para que assim todos possam ter trabalho. As intervenções humanitárias devem promover bombardeios e ações de drones que vitimarão milhares de civis em nome dos direitos inalienáveis desses mesmos civis. Esse jogo de espelhos distorcidos é destinado

a ocultar suas baixas e os interesses não declarados ou incompatíveis com seus pretextos, os quais acabam por ser invariavelmente a defesa dos direitos humanos.

Nesse jogo já estabelecido, o pressuposto da indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos deixa de ser um pressuposto real, pois está desde sempre atravessado pelo ponto de partida dissimulador das suas próprias sombras.

Um claro exemplo desse jogo, que tragicamente impactou o mundo no marco desses 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi a execução da brasileira Marielle Franco, vereadora eleita na cidade do Rio de Janeiro, mulher negra, jovem e lésbica, cuja atuação política se destacava especialmente na luta contra a violência institucional nas favelas e periferias da cidade, denunciando as mortes de moradores e policiais e assistindo as suas famílias. Sua execução aconteceu no dia 14 de março de 2018 e deu-se em meio a um processo de intervenção federal no Rio de Janeiro, realizado pelas Forças Armadas, e poucos dias após ter sido designada como relatora da comissão legislativa municipal encarregada de fiscalizar essa intervenção e de ter denunciado grupos milicianos.

Marielle sabia que o modelo repressivo, estampado na militarização da segurança, nada mais faz do que aumentar a violência e a brutalidade. Era pois radicalmente contrária ao controle das favelas pelas forças armadas, assim como denunciava as ações e a presença das milícias policiais nas comunidades. Marielle também denunciava as políticas neoliberais de precarização da vida dos mais pobres e de parcela expressiva da classe média brasileira, políticas que no Brasil foram instauradas e aceleradas a partir de um golpe de Estado assentado sobre um impeachment fraudulento e sobre a instrumentalização político-partidária do sistema de justiça (Proner et al., 2016).

Diante da comoção nacional e internacional que se seguiu à execução de Marielle Franco e do seu motorista, Anderson Gomes, com picos nas redes sociais e com manifestações de rua por todo o Brasil, além de atos realizados em outros países, a Rede Globo de televisão, na reportagem especial que exibiu em programa dominical de grande audiência no dia 18/03/2018, apropriou-se da história de Marielle para os seus propósitos (Greenwald, 2018). Separou a morte de Marielle do contexto político e social a partir do qual ela se deu. Destacou o

drama da família, abrindo inclusive espaço para o reconhecimento da relação afetiva entre Marielle e sua mulher, e lamentou sua execução em nome dos direitos humanos da vereadora assassinada. No entanto, a reportagem não trouxe uma palavra sobre a luta política de Marielle contra a repressão militarizada na favela, contra as políticas neoliberais e contra o governo ilegítimo que se instalou a partir de 2016 no Brasil. Na verdade, a Rede Globo, através dos seus órgãos de jornalismo, é adversária dessas lutas, e ao retratar Marielle desconectada do seu contexto e da sua atuação política, exibindo na sequência imediata uma reportagem que faz apologia do controle militar nas favelas, utilizou a morte de Marielle para justificar a presença dos militares na favela, vista como uma medida que supostamente ajudaria a evitar que outras execuções se repetissem. A reportagem mencionada invocou Marielle para violar o sentido real das lutas por ela empreendidas.

Apesar do jogo de espelhos distorcidos, inerente ao conceito ocidental dos direitos humanos, a tentativa de construção de um patamar internacional de direitos e a existência da Declaração Universal dos Direitos Humanos não é algo a ser descartado e menosprezado. É preciso aprofundar a discussão dos seus marcos, desvelar o véu da universalidade que oculta as pluralidades e que é complacente com um sistema que se estrutura sobre uma monstruosa e genocida fábrica de desigualdades, violações e injustiças. É preciso constranger a hipocrisia desse sistema, voltá-lo contra si próprio. Iluminar o drama das incontáveis violações ao redor do mundo, empurrar os holofotes para os refugos humanos, denunciar, responsabilizar, desvelar, comunicar, utilizar os mecanismos do sistema para evidenciar sua má formação, construir novos modelos, que se estruturam a partir do mundo real dos seres humanos.

Urge seguir o exemplo oferecido há mais de 500 anos no início do processo de colonização das américas por Bartolomé de Las Casas. O frei dominicano descreveu em seus livros a violência bruta dos conquistadores espanhóis praticada contra inúmeras comunidades indígenas (Las Casas, [1991]). Seus livros continham desenhos (de autoria dos irmãos De Bry) que buscavam retratar a literalidade da barbárie ocorrida. Sua palavra foi apresentada longa e contundente no célebre debate de Valladolid para demarcar a existência ou não da humanidade dos indígenas. O apego de Las Casas às histórias concre-

tas de violação e dor, muitas das quais foi testemunha ocular, guiou sua tenacidade e dedicação, direcionou seu olhar a um perspectivismo que reconhece e valoriza a existência de um mundo concomitante ao cristão-ocidental (Dussel, 1993: 82-83), e atravessou os séculos, a despeito do transcurso do tempo e de se situar no ponto cego da modernidade, um ponto que a humanidade real e contingente precisa urgentemente tornar visível e a partir dele alojar a sua compreensão, para que os direitos humanos possam chegar aos que são “apenas humanos”.

La dignidad como valor universal de los Derechos Humanos

José Manuel Sánchez Patrón¹

Este artículo está ordenado a partir de las respuestas a las preguntas-guía recogidas en la metodología presentada por los organizadores—Instituto Joaquín Herrera Flores (IJHF), Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH) y Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH)— para componer esta obra crítico-reflexiva sobre el Sistema Internacional de Derechos Humanos.

La DUDH es considerada como un marco de consenso universal alcanzado en 1948, que se ha desarrollado a lo largo del tiempo. ¿Cómo comprender el multiculturalismo y los enfrentamientos entre culturas a partir de los valores consagrados en el universalismo de los derechos humanos?

El creciente conocimiento y contacto existente entre las poblaciones humanas, debido a las posibilidades que ofrecen las comunicaciones y a la facilidad de movimiento que propician los medios de transporte, está permitiendo confirmar nuestras similitudes, pero también está sirviendo para evocar nuestras diferencias. Aunque esta pluralidad constituye una riqueza que debe ser considerada y salvaguardada, hoy, más que nunca, debemos subrayar lo que nos une frente a lo que nos separa y, en la consecución de este loable y necesario propósito, la DUDH sigue constituyendo un instrumento valiosísimo pese a que

¹ Profesor Titular de Derecho internacional público y Relaciones Internacionales de la Universitat de València (España); Director del Máster Universitario en Estudios Internacionales y de la Unión Europea de la Universitat de València (España).

hayan transcurrido setenta años desde su aprobación el 10 de diciembre de 1948.

Todo su contenido está articulado en torno a una idea-fuerza esencial: la protección del ser humano, como ser individual con proyección social, que es merecedor de una serie de derechos y libertades derivados del reconocimiento de su dignidad. Ello trae causa del hecho de que la “persona humana” no es solo un “ser vivo” como mero “ser sintiente” —categoría introducida por el Código civil francés, tras su reforma de 2015, para referirse a los animales (art. 515-14)— sino que, además, es un “ser racional” (“razón y conciencia” según el art. 1 de la DUDH) y, como tal, tiene dignidad. Así lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su reciente Opinión Consultiva 24/17 de 24 de noviembre de 2017 (par. 85). Por consiguiente, el reconocimiento de su “dignidad” es consustancial al de su “racionalidad”, sin que pueda disociarse aquel atributo de esta última condición.

Sobre esta concepción, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos identifica como un “valor” en la Opinión Consultiva referida (par. 85), se construye todo el edificio de derechos y libertades que la DUDH enuncia en su articulado. Son en definitiva, estos derechos y libertades; su protección y su reconocimiento, los que garantizan efectivamente la dignidad del ser humano y, por ende, su existencia como tal en un sentido jurídico.

Partiendo del presupuesto anterior, ninguna cultura, ideología, creencia, institución, grupo, autoridad, etc., puede menoscabar o conculcar dichos derechos y libertades edificados sobre la noción de dignidad. Constituyen —según lo señalado en una causa en la que se enjuiciaba la comisión de dos delitos de mutilación genital femenina— un “límite infranqueable” que actúa como “mínimo común denominador exigible en todas las culturas, tradiciones y religiones” (Audiencia Provincial de Barcelona, Sentencia 42/2013 de 13 de mayo: F°.J° 4°). Por este motivo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos —a quien seguimos en estas reflexiones— afirma que el reconocimiento de la dignidad del ser humano es oponible *erga omnes* y que no es susceptible ni de derogación ni de suspensión.

La interdependencia, indivisibilidad e interrelación de todos los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y el derecho al desarrollo) fueron reconocidas en la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993) como una complementariedad necesaria. En su opinión, ¿se ha consolidado este entendimiento de los derechos humanos en la práctica?

El reconocimiento, pero, sobre todo, la protección de los derechos y libertades constituye, como decimos, la garantía última de la dignidad del ser humano. Y todos los derechos y libertades están implicados en la consecución de esta finalidad básica. Por este motivo, no debe extrañarnos que se proclame su indivisibilidad, interdependencia etc. Sin embargo, esta concepción unitaria de los derechos humanos, anclada en la idea de dignidad humana, limita e incomoda al poder que se ve maniatado y condicionado por la misma. Y para romper con estas ataduras y restricciones, el propio poder propicia una visión relativista, minimalista, fragmentada y sesgada de los derechos y libertades contemplados en la DUDH y en los instrumentos internacionales que la desarrollan.

A la consagración de este objetivo político responde la diversidad de regímenes jurídicos existentes en materia de derechos humanos en el ámbito internacional. Tratados internacionales en los que se incorporan reconocimientos desiguales y protecciones dispares. La llamada protección regional de los derechos humanos tampoco favorece la conformación de una visión omnicompreensiva de los derechos humanos, sino que, por el contrario, contribuye a su sectorialización con el establecimiento de órganos judiciales que los interpretan y aplican con distinto alcance. Solo, medidas como, por ejemplo, la instauración del pretendido *lege ferenda* Tribunal Mundial de los Derechos Humanos, podrían contribuir a revertir la percepción generalizada y real de que disponemos de una mayor cantidad y calidad de derechos humanos en función del lugar en el que vivimos.

¿Hasta qué punto las intervenciones “humanitarias” y la propia racionalidad neoliberal utilizan el discurso ambivalente de los derechos humanos para otros fines?

El poder político no solo contempla los derechos humanos como un límite o una restricción a su tendencia natural hacia la arbitrariedad; o cuanto menos, a la discrecionalidad, sino que también los considera un instrumento útil para legitimar actuaciones políticas ad intra y ad extra; especialmente, éstas últimas. Nadie puede desconocer que las intervenciones en el extranjero y en defensa de los derechos humanos de la población oprimida, incluidas las armadas, son una quimera. La historia pone de manifiesto que las llamadas “intervenciones de humanidad” rara vez han respondido a una finalidad humanitaria. El objetivo verdadero y último de los intervinientes no ha sido otro, la mayoría de las veces, que el de buscar o incrementar la propia influencia en una determinada zona o región o el de apropiarse de determinados recursos naturales, entre otros. Este *modus operandi*, como es bien sabido, no constituye únicamente un vestigio del pasado, sino que continúa siendo el “leitmotiv” de las intervenciones llevadas a cabo en el presente; y, presumiblemente, muy a nuestro pesar, lo seguirá siendo en el futuro.

La intervención internacional en Kosovo (1999) fue ilegal. También lo fue en Irak (2003). Sin embargo, la reacción mundial ante una y otra fue claramente desigual. En el primer caso, de cierta condescendencia. En el segundo, de absoluto rechazo. ¿Por qué? La razón fundamental se halla en el hecho de que, en la primera intervención, se vendió la imperiosidad de atajar cuanto antes la masacre kosovar; mientras que, en la segunda, no se consiguió convencer de que la razón real fuera la de liberar a los iraquíes del yugo dictatorial. ¿Significa esto que la intervención en Kosovo no perseguía un propósito humanitario y que la de Irak pretendía apropiarse de su petróleo? La respuesta es compleja, pero, en todo caso, la invocación de los derechos humanos y las consiguientes intervenciones armadas en su nombre no dejan de ser un pretexto legitimador de la acción exterior cuando los argumentos que las justifican son endebles, por no decir espurios. De lo contrario, como responder a la pregunta: ¿qué hace la comunidad internacional recostada y cruzada de brazos ante los crímenes contra la humanidad que se están cometiendo en Siria?

¿Cuál es en su opinión el valor jurídico de la DUDH en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos actual?

Los iusinternacionalistas sabemos que la DUDH es formalmente un acto institucional de una organización internacional; en concreto, de un órgano de la misma que, aunque tiene carácter principal, carece de fuerza vinculante. Una lectura de su tratado constitutivo impide afirmar otra cosa. No obstante, pese al simbolismo y la trascendencia que nadie le niega, cuesta creer que la DUDH constituye meramente un producto de soft law. Estoy acostumbrado a ver la cara de incredulidad de mis estudiantes cuando llego a esta inesperada conclusión en clase. La perplejidad de sus rostros encierra toda una serie de interpelaciones: ¿pero la DUDH no constituye la primera piedra del llamado “Derecho internacional de los derechos humanos”? ¿Los instrumentos internacionales en la materia no son, en definitiva, la traducción normativa de aquella declaración inicial? ¿No se refieren por doquier los derechos internos a la DUDH, incluso, en algunos casos, como el español, en el propio texto constitucional? (art. 10.2). ¿Y qué decir de la aplicación de estas formulaciones legislativas por los órganos judiciales? ¿Cuántas resoluciones judiciales están basadas o, cuando menos, mencionan la DUDH para fundamentar el sentido de sus decisiones? ¿Todo este acervo legislativo y judicial referido a la DUDH carece de efectos jurídicos?

En mi opinión, la suma de las normas internacionales e internas evocadas indiciariamente en el párrafo anterior conforman una realidad práctica que evidencia que la DUDH no constituye un instrumento meramente programático. A esta constatación, contribuye el hecho de que esa misma práctica niega que la DUDH pueda seguirse o no según convenga, sino que, muy al contrario, resulta de obligatorio cumplimiento. Lo señalado pone de manifiesto que el contenido de la DUDH forma parte de la costumbre internacional y como tal, despliega derechos y obligaciones en sus destinatarios y, por consiguiente, tiene efectos jurídicos. Dichos efectos jurídicos son reales y existen jurídicamente pese a que los derechos humanos sean continuamente ignorados y conculcados, aquí y allá, antes y después. Dicha conculcación no afecta a la obligación jurídica de respetarlos. ¿Acaso ha dejado de ser obligatorio jurídicamente detenerse ante un semáforo en rojo?

Desarrollo sostenible e interdependencia de los Derechos Humanos

José Rafael Marín Aís¹

Este artículo está ordenado a partir de las respuestas a las preguntas-guía recogidas en la metodología presentada por los organizadores—Instituto Joaquín Herrera Flores (IJHF), Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH) y Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH)— para componer esta obra crítico—reflexiva sobre el Sistema Internacional de Derechos Humanos.

La DUDH es considerada como un marco de consenso universal alcanzado en 1948, que se ha desarrollado a lo largo del tiempo. ¿Cómo comprender el multiculturalismo y los enfrentamientos entre culturas a partir de los valores consagrados en el universalismo de los derechos humanos?

Uno de los principales desafíos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es que sus normas sean aplicables erga omnes sin que sean percibidas como una mera extrapolación de los valores predominantes en el mundo occidental ni como una mera traducción de las aspiraciones o estándares de ninguna cultura en particular. Un presupuesto para el diálogo intercultural según Alain Touraine es “el rechazo del monopolio de la cultura por parte de los países occidentales más modernistas”. Los defensores de los derechos humanos deben evitar toda apariencia que traduzca las preocupaciones y prioridades de la población de

¹ Licenciado en Derecho y en Administración y Dirección de Empresas. Realizó estudios de Posgrado relacionados con el Derecho de la Unión Europea; obtuvo el título de Máster Universitario en Derecho Constitucional Europeo por la Universidad de Granada y el título de Máster en *European Legal Studies* en el Colegio de Europa, en su sede de Brujas. Doctor en Derecho; Imparte docencia en la Universidad de Granada.

otros países, ya que dicha traslación puede generar resistencia y resentimiento para los potenciales beneficiarios de dicha abogacía. Se requiere una localización para la recepción de las normas universales para que puedan hacerse propias, encajándolas de la mejor manera con las tradiciones y prácticas locales, de modo que no haya resistencia ni oposición. Los límites a este enfoque aparecen cuando el respeto intercultural choca con tradiciones, creencias o prácticas que son abiertamente contrarias a los valores universales y a la noción más elemental de dignidad humana: piénsese en los matrimonios infantiles, precoces o forzosos, en los crímenes de honor, el sistema de la dote, los ataques con ácido, la mutilación genital femenina, etc. Estos límites y tensiones con el relativismo cultural han sido positivizados en la Convención de la Unesco sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales de 20 de octubre de 2005, que entre sus principios rectores con arreglo a su artículo 2.1 sitúa como única forma de promoción y protección posible de la diversidad cultural aceptable en Derecho Internacional aquella que no atenta contra los derechos humanos recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La importancia del consentimiento estatal en la formación de normas y obligaciones internacionales lleva a paradojas como la que supone que numerosos Estados de religión islámica supediten a la ley religiosa la aplicación interna de tratados generales de ámbito universal, que implican un mínimo consenso ético secularizado, como es el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 o la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979.

La interdependencia, indivisibilidad e interrelación de todos los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y el derecho al desarrollo) fueron reconocidas en la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993) como una complementariedad necesaria. En su opinión, ¿se ha consolidado este entendimiento de los derechos humanos en la práctica?

La práctica de los Estados ha consagrado notables diferencias entre los derechos civiles y políticos, de un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales, de otro, empezando por la división ideo-

lógica de la Guerra Fría que se tradujo en los dos Pactos gemelos de Nueva York de 1966 que separaban ambas categorías escindiendo su régimen jurídico. La práctica estatal ha hecho que a diferencia de lo ocurrido con la competencia del Comité de Derechos Humanos (asociado al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) para examinar comunicaciones individuales establecida en una fecha temprana (1976), en el caso del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales esta competencia solo ha llegado de la mano del primer Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en 2008 y cuya entrada en vigor solo se ha alcanzado en 2013. La prueba más concluyente la constituye el hecho de que mientras que 116 Estados aceptan la jurisdicción del Comité de Derechos Humanos a estos efectos, únicamente 23 lo han hecho en relación con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Los derechos económicos, sociales y culturales están configurados como obligaciones de realización progresiva en función del máximo de recursos disponibles de los Estados parte en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. No obstante, el Pacto contiene algunas obligaciones de exigibilidad y efectividad inmediata. Las obligaciones contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales son exigibles y están dotadas de juridicidad, pero su justiciabilidad ante los tribunales internos suele de ser menor intensidad que la de los derechos civiles y políticos (llamados de primera generación).

Esta asimetría y preferencia por los derechos civiles y políticos, también se observa en el ámbito regional europeo: en el Consejo de Europa con un mecanismo de protección y control con mayor capacidad para el Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos que para la Carta Social Europea; el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no obstante, en su jurisprudencia ha contribuido a ampliar las garantías de algunos derechos sociales y económicos pese a no estar expresamente insertados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (piénsese en la protección de derechos sustantivos en el ámbito de la seguridad social). Del mismo modo la Carta Social Europea Revisada de 1996 no solo no cuenta con un mecanismo jurisdiccional, sino que contiene un importante mecanismo de flexibilidad que permite a los Estados parte elegir dentro de su núcleo

duro tan solo un mínimo de seis objetivos vinculantes. En el caso de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales también consagra esta dualidad: así, su enigmática distinción entre principios y derechos (art. 52.5) junto con las cautelas expresadas por algunos Estados miembros (Reino Unido) a su Título IV Solidaridad y la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia parecen apuntar hacia una supeditación de la aplicabilidad de algunos derechos sociales a las legislaciones y prácticas nacionales, o a su plasmación en el propio derecho derivado.

Ambas categorías de derechos difieren, no solo en su formalización jurídica para los tiempos de normalidad, sino que también existe una distinción para su aplicación en momentos de excepcionalidad: mientras que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Convenio Europeo de Derechos Humanos en el ámbito europeo contienen cláusulas derogatorias para hacer frente con carácter temporal a situaciones de emergencia y de peligro público que amenacen la vida de la nación, en el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales existe una fuerte presunción que prohíbe *prima facie* las medidas regresivas: las medidas deliberadamente regresivas no son admisibles, ni tan siquiera en un periodo de crisis económica, y es el Estado que aduce una limitación en sus recursos para dar cumplimiento a los derechos del Pacto sobre el que pesa la carga de la prueba, y dentro de su margen de apreciación, debe demostrar el carácter temporal de las medidas, su necesidad y proporcionalidad, la ausencia de medidas alternativas, haber efectuado todos los esfuerzos posibles, su carácter no discriminatorio, y el respeto a los elementos esenciales de los derechos afectados en tanto que obligaciones mínimas.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos cuenta en nuestros días con una gran limitación en aras de su efectividad común a otras ramas del Derecho Internacional: el destinatario principal, inmediato y casi exclusivo de sus normas sigue siendo el Estado, principal responsable de su realización; sin embargo, la relevancia de actores no estatales transnacionales de carácter privado (empresas multinacionales, por ejemplo) es extraordinaria, sus decisiones condicionan las posibilidades de provisión de las condiciones materiales para la realización de los derechos económicos, sociales y culturales y en ocasiones son responsables directos de violaciones de los mismos

(piénsese en fenómenos como el land-grabbing). Sin embargo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a la hora de exigir obligaciones directamente a estos actores reviste una extrema debilidad y fragilidad, a la par que la capacidad de los propios Estados para hacer de garantes frente a los actores transnacionales demuestra su incapacidad cuando no su irrelevancia. La filosofía ínsita en nuestro actual sistema económico y especialmente en lo que concierne al capitalismo financiero es radicalmente contraria a la virtualidad de los derechos económicos, sociales y culturales como verdaderos derechos humanos. Puede pensarse, entre otros múltiples ejemplos de la ausencia de capacidad regulatoria de los actores estatales, en cómo el bloque regional más avanzado del planeta y que ha alcanzado el modelo social más equilibrado se ve impotente para encauzar a las empresas tecnológicas más poderosas, las llamadas GAFAs (Google, Apple, Facebook y Amazon), dentro de un régimen jurídico fiscal y laboral que escape de los agujeros negros existentes en la propia legalidad de los Estados miembros y de la Unión Europea que amenazan con erosionar todo rastro de ese equilibrio entre capital y trabajo que fuera alcanzado en las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Puede decirse que la combinación entre capitalismo financiero y ciberfetichismo tecnológico es profundamente antisocial: como se encarga de traducir a parámetros más tangibles el actual presidente de los Estados Unidos de América, Donald Trump, que pese a su desmedido histrionismo y narcisismo no constituye un átomo aislado. Puede pensarse sin ir más lejos a título de ejemplo en las repercusiones, ambivalentes, que están teniendo, por múltiples vías, las empresas tecnológicas en el derecho a la educación.

Cuando se habla hoy en día de derecho al desarrollo, inmediatamente debe añadirse el calificativo de “sostenible” omnipresente en los textos normativos y declaraciones políticas; una denominación que más allá de sus implicaciones ecológicas encierra un deber de solidaridad intergeneracional, un pacto social con las generaciones venideras: sin embargo, el modelo económico y de consumo energético de vida que se extiende vertiginosamente a lo largo y ancho del planeta —pese al bloqueo de las negociaciones multilaterales para la liberalización comercial en el seno de la Organización Mundial de Comercio— es profundamente inviable a medio plazo salvo milagrosa e ignota aportación científica o sobrenatural sobrevenida. Por

tanto, las generaciones presentes (de unos lugares de la Tierra más que de otros, claro está) están tomando y disfrutando prestados por anticipado de las generaciones futuras los derechos de estas últimas.

Desde luego la base para la efectividad y contenido real de los derechos civiles y políticos radica en que los derechos económicos, sociales y culturales no vean su contenido vaciarse: su indivisibilidad e interdependencia son pilares esenciales, teóricos y prácticos, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Los Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2011), de carácter no vinculante, y que fueron elaborados por 40 expertos en derecho internacional de todas las regiones del mundo —“incluidos miembros actuales y anteriores de los órganos internacionales de tratados de derechos humanos, órganos regionales de derechos humanos, así como relatores especiales anteriores y actuales del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas”— apuntan tres cuestiones de capital importancia para lograr la interdependencia, indivisibilidad e interrelación de todos los derechos humanos (aclarando el Derecho Internacional vigente): a) las obligaciones extraterritoriales de respetar, proteger y cumplir los derechos económicos, sociales y culturales que poseen todos los Estados; b) la obligación de los Estados de regular la actividad de los actores no estatales con los que guarden vínculos de nacionalidad, societarios, relevantes, etc. para asegurar que sus actividades no menoscaben el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales; y c) las responsabilidades de las organizaciones internacionales en materia de derechos humanos con arreglo al Derecho Internacional General o a los tratados en que sean parte; sin desaparecer la responsabilidad de los Estados miembros en materia de derechos humanos por el hecho de transferir competencias a una organización internacional, los propios Estados miembros de las organizaciones internacionales están obligados a adoptar todas las medidas razonables tendentes a asegurar que la organización se conduzca con arreglo a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (puede pensarse en las organizaciones internacionales de carácter financiero o en la fallida adhesión de la Unión Europea al Dictamen 2/13 como campos de pruebas donde medir el grado de respeto a este último principio). El desastre de Bophal (India) en 1984 y sus posteriores desarrollos judiciales y

diplomáticos tras tres décadas han sido presentados como fallo paradigmático de los dos primeros principios expuestos. Cabe apuntar en este sentido que de momento ni los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos aprobados por el Consejo de Derechos Humanos en 2011, ni el Global Compact, ni tampoco las Directrices de la OCDE, ni la Declaración Tripartita de Principios sobre empresas multinacionales de la OIT, han configurado verdaderos estándares transnacionales de carácter vinculante.

¿Hasta qué punto las intervenciones “humanitarias” y la propia racionalidad neoliberal utilizan el discurso ambivalente de los derechos humanos para otros fines?

Una gran incertidumbre rodea a la juridicidad de la responsabilidad de proteger como principio de alcance universal en sus contornos más relacionados con la aplicación de medidas coercitivas, la injerencia humanitaria, el rebasamiento de los asuntos internos y la soberanía del Estado que fracasa en su primordial deber de proteger y respetar los derechos humanos de su población, el uso de la fuerza. Su aplicación errática, selectiva y desprendida de medidas para gestionar el postconflicto, como sucedió para derrocar el régimen de Gadafi en Libia, ha desprestigiado este principio y ha sembrado dudas sobre el mal menor que toda intervención de esta naturaleza debería estar orientada a preservar. Por tanto, no solo se valora ex ante y ex post su legalidad y legitimidad de origen, sino que toda medida de injerencia humanitaria decidida y ejecutada por la denominada “comunidad internacional” debe evitar un mal mayor del que se ocasiona con la actuación. Todos estos presupuestos son difíciles de medir, ponderar y enjuiciar, y no existe desde luego, en un mundo multipolar un canon ni un prisma hegemónico para su evaluación. El avispero sirio ha galvanizado todas las insuficiencias y contradicciones siendo la geopolítica la que ha desdibujado todo intento de frenar las graves violaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del propio Derecho Internacional Humanitario. Desde luego el discurso de la protección de los derechos humanos es maleable y puede ser falseado para encubrir otros intereses y otras razones y desde luego existe infinidad de ejemplos que demuestran los diferentes raseros y

varas de medir, la diferente intensidad y textura de las reacciones, en función, entre otros factores de los intereses en juego de los actores más relevantes. Pero no creo que la “racionalidad neoliberal” sea el único factor, ni siquiera el más significativo a la hora de explicar estas divergencias y contradicciones. El “efecto CNN” pese a la multiplicidad de canales y focos de comunicación que existen en nuestros días sigue teniendo un efecto que opaca y silencia según qué conflictos armados y según qué situaciones de violación sistemática de los derechos humanos (puede pensarse en Yemen, la República Democrática de Congo, o la República Centroafricana). También la propaganda hace que la atención se desvíe generando un sesgo cognitivo y las redes sociales generalizan la apatía y el hooliganismo.

La emergencia de China en relación con la responsabilidad de proteger se ha traducido en una resistencia favorecedora de la visión genuinamente westphaliana de la soberanía. Además, ha impedido la formación de un criterio preciso y vinculante acerca de qué situaciones deben desembocar en la intervención humanitaria de carácter militar. China invoca el papel central del Consejo de Seguridad que debe decidir “caso por caso” centrando sus esfuerzos en romper cualquier asociación automática entre responsabilidad de proteger y acción coercitiva. Del mismo modo su visión, muy condicionada por el desenlace libio, insiste en que la intervención militar debe configurarse como *ultima ratio*, y en su caso, no emplearse para derrocar gobiernos ni causar males mayores. China ve con lógicos recelos cualquier injerencia externa que pueda vigorizar o azuzar aspiraciones hacia la libre determinación contrarias a su integridad territorial en Tibet, Xinjiāng.

¿Cuál es en su opinión el valor jurídico de la DUDH en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos actual?

Se trata de Derecho Internacional General, costumbre internacional. El gran problema de la Declaración Universal es la identificación de qué aspectos gozan de obligatoriedad *erga omnes* a la luz de la práctica estatal y de las organizaciones internacionales; en segundo lugar, es problemática su oponibilidad; y, en tercer lugar, es proble-

mática la formulación de las normas secundarias que contribuyan a paliar su conculcación y doten de efectividad a su contenido.

Formalmente la Declaración Universal fue adoptada como resolución de la Asamblea General en un momento en que la composición de la ONU era muy reducida en comparación con la actual: no hubo objetor persistente (ningún Estado votó en su contra), y por tanto, como el Tribunal Internacional de Justicia señaló en el *asunto relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de Nicaragua* (1986) la posición de los Estados miembros expresada en dicha resolución es un sostén de la existencia del elemento espiritual (*opinio iuris*) de la costumbre. También es cierto que la doctrina viene sosteniendo a raíz de este pronunciamiento que en el caso de normas protectoras de intereses generales (Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario) el elemento espiritual prevalece sobre el elemento material, la práctica reiterada y uniforme, a la hora de producirse la emergencia de normas consuetudinarias. Por supuesto, China ha manifestado aquí sí su oposición a esta visión.

48 Estados votaron a favor de la adopción de la Declaración Universal con ocho abstenciones: (URSS, Bielorrusia, Ucrania, Checoslovaquia, Polonia, Yugoslavia, Sudáfrica y Arabia Saudí). Posteriormente, la maduración del carácter consuetudinario de la Declaración Universal se ha visto acrecentada debido al proceso de especificación y diversificación vivido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a partir de la adopción de tratados con vocación *cuasi-legislativa* de ámbito universal que han venido a desarrollar y actualizar la Declaración Universal, junto con la práctica de las organizaciones regionales y sus sistemas de protección, y la práctica estatal que en ocasiones incardina la Declaración Universal en el núcleo del modelo constitucional de protección de los derechos fundamentales (como ocurre con el artículo 10.2 de la Constitución Española).

Direitos do Homem? A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e os Confins do Homem

José Ribas Vieira¹
Diogo Bacha e Silva²

Aos 70 (setenta) anos um homem pode ser considerado idoso. Segundo a OMS-Organização Mundial de Saúde, aos 60 (sessenta) anos de idade para países em desenvolvimento e 65 (sessenta e cinco) anos de idade para países desenvolvidos, seja lá o que significa ser um país desenvolvido, já se pode considerar o homem como idoso (a). Nesse passo, seria a Declaração Universal dos Direitos Humanos um texto normativo idoso?

Como o *dasein* só é compreendido em sua temporalidade, costuma-se definir idoso (a) como o indivíduo que esteja perto de sua finitude. Alguém que tendo ultrapassado o caminho da sua própria existência, esteja no momento do a-deus. Aquele que beira os limites da finitude, da sua existência e permite uma própria autobiografia, sendo toda autobiografia uma confissão (Derrida, 2011).

Assim também parece caminhar a sorte dos textos normativos que se inscrevem na temporalidade humana. Um texto normativo que é *do* Homem e *para* o Homem e que não poderia, por isso, extremar da finitude que pertence ao *próprio* do Homem. Uma finitude que advém de sua relação intrínseca com o Homem.

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (Brasil). Pós-doutorado pela Université Montpellier I (França); Professor Associado da PUC-RIO (Brasil); Professor titular da Universidade Federal do Rio de Janeiro; Presidente da Comissão de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros e pesquisador-coordenador do OJB-UFRJ (Brasil).

² Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, Mestre em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Professor da Faculdade de São Lourenço, membro do OJB-FND/UFRJ.

Primeiro Platão e o espírito como o *próprio* do Homem. Depois, Aristóteles e o homem racional e seu *logos* (*zoón logikon*). Após, o *cogito* de Descartes, Penso, logo êxito! Também, Rousseau para quem o *próprio* do Homem é permitir aperfeiçoar-se sendo o construtor de sua própria história. Por fim, já no século XX, a diferença *do* Homem seria a linguagem, enquanto possibilidade de ser no mundo (Gadamer, 2002).

Essa é a história do Homem. História que é contada e construída pelo homem, na qual se insere a Declaração Universal dos Direitos do Homem. É o relato de uma confissão humana em que toda história como linguagem se prende. Vale dizer, a hermenêutica deve cuidar de saber o quanto fica de não dito quando a linguagem se expressa (Gadamer, 2000: 211).

Há muito do não dito no dito da Declaração Universal dos Direitos do Homem, um dizer sempre “*a venir*” e que é preciso um esforço de abertura ao totalmente outro para entendermos e compreender o texto normativo em um contexto eminentemente crítico.

Os Direitos *do* Homem paradoxalmente tentam, através de textos, expor o que seria algo inerente *ao* Homem, como que uma consciência ética universal acima de qualquer ordenamento jurídico nacional (Comparato, 2010: 74). Dentro de um contexto histórico em que o próprio do Homem demonstrou o acerto de Thomas Hobbes de que o “homem é o lobo do próprio homem” com todas as atrocidades da Segunda Guerra Mundial e o genocídio praticado contra as minorias, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 foi o primeiro documento normativo internacional que resgata os valores da liberdade, igualdade e fraternidade (art. 1) proclamados pela Revolução Francesa como o núcleo essencial da pessoa humana.

Juridicamente, os valores universais proclamados na Declaração de 1948 obtiveram sua obrigatoriedade por meio da noção de *jus cogens*. De uma certa forma, e levando em consideração que este importante documento normativo foi aprovado pela Assembleia Geral da ONU sem a expressa manifestação volitiva dos Estados, é bem verdade que os Estados que não comungam por inteiro das convicções lançadas no texto normativo podem oferecer resistência.

É que, embora a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 tenha sido promulgada com a intencionalidade de combate

da natureza lupina do homem exposta pela banalidade do mal na Segunda Guerra Mundial, é também verdade que nada assegura que os valores ali consagrados não tenham uma intrínseca relação com a vontade dos dominantes.

Vale dizer, o art. 17 que consagra que “todo homem tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros” vilipendia a noção que muitas comunidades tradicionais ao longo do globo têm sobre a relação do homem com a terra, uma relação que não é de exclusividade ou de domínio, mas sim de inter-relacionamento entre homem e natureza.

Da mesma forma, o art. 15 consagra que “todo homem tem direito a uma nacionalidade”, significando no sentido próprio do pensamento ocidental que todo homem deve estar ligado a um Estado. O que dizer, portanto, das comunidades tradicionais transfronteiriças que ficaram presos às fronteiras dos Estados Nacionais decorrente do processo de descolonização promovido nos anos 60 e 70 pela própria ONU (Clavero, 2017: 34).

Portanto, devemos compreender o multiculturalismo e os valores consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem com o sentido de Estranhamento de que nos fala Boaventura de Sousa Santos (2014).

Além da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o trabalho da Comissão de Direitos Humanos da ONU desenvolveu-se em mais uma etapa com o Pacto de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de Direitos econômicos, sociais e culturais de 1966 com o posterior reconhecimento de que ambos os instrumentos de proteção seriam interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados visando, obviamente, a melhoria das condições de vida do ser humano e necessariamente a transformação social.

O espírito do capitalismo, como analisado por Max Weber, é de um sistema institucional ancorado no ego e no individualismo exacerbado como próprio do Homem. Sua própria lógica cria um sistema que se contrapõe aos ideais dos valores consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Enquanto o capitalismo e seu discurso se move no sentido da acumulação ilimitada do capital e o discurso dos Direitos do Homem move-se no sentido de se estruturar

uma dinâmica social em que todos sejam alçados à condição de iguais e livres, na prática há a criação de limites/linhas entre os homens.

É da própria condição de possibilidade do capitalismo que se tenha uma desigualdade intrínseca entre os homens. Enquanto alguns estão dentro do *próprio* do Homem, ou seja, são livres, iguais, têm direitos sociais como moradia, alimentação, educação, vivem sob condições possíveis de vida, outros, à margem da sociedade, nos confins do homem, não têm moradia, alimentação adequada, educação e quaisquer condição de vida digna. É por isso que Marx vaticinou que o capitalismo só poderia sobreviver graças ao exército de reserva dos trabalhadores.

No fundo, as denúncias de Marx previam dois tipos de acontecimento que, quase 200 (duzentos) anos após, continuam irretocáveis: em primeiro, o discurso dos direitos humanos serviria para manter o *status quo* e possibilitar os benefícios do capital; na medida em que o capitalismo incorpora a natureza como propriedade privada, este tende a destruir a própria natureza.

A ambiguidade dos Direitos do Homem e sua relação paradoxal aparece como evidente na atual quadra histórica. De um lado, direitos universais que se aplicam apenas a uma elite, de outro lado, um discurso de transformação que mantém o mesmo sistema capitalista. Enfim, a lógica do capitalismo transformada no neoliberalismo, após 70 (setenta) anos, parece não ter modificado essencialmente a estrutura das relações sociais e das relações com o Homem.

Para romper a lógica que persiste durante todo o período de vigência do texto normativo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, precisamos ir além. Mas, a pergunta é: Ir além do que? Ir além de quem?

Revisitando o contexto histórico de promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, percebe-se claramente a preocupação com o genocídio, a prática de eliminação e extinção do Homem diferente, isto é, aquele que não comunga dos valores da maioria dominante. Não é sem razão, pois, que a Declaração Universal dos Direitos do Homem foi promulgada apenas um dia após a Convenção para a prevenção e a repressão ao crime de Genocídio de 9 de dezembro de 1948.

É nosso dever reconhecer, portanto, que o texto normativo não foi capaz de evitar a prática não só de posteriores genocídios, como o caso da Ex-Iugoslávia e Ruanda, bem como de diversas catástrofes provocadas pelo Homem contra o Homem, colocando em xeque não só sua efetividade, mas até mesmo o caráter pedagógico de sua instituição.

Catástrofes denominadas de “naturais” ou guerras provocadas pelo Homem, nada disso foi evitado pelo texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

É preciso colocar um fim no *próprio* do Homem. Um fim que sempre implica em um recomeço. É preciso ir além do Homem. Reconhecer que a relação que o Homem mantém com o que ele denomina de natureza e de outros animais é uma relação também de destruição. Quantos não foram os genocídios praticados pelo Homem contra outros seres vivos durante 70 (setenta) anos? É que os Direitos do Homem ficaram confinados no Homem.

Ao Direitos do Homem cabe, paradoxalmente, ir além do homem para subverter a lógica que sempre presidiu a aplicação e a efetivação dos Direitos do Homem. Ir além significa reconhecer que não só os vivos humanos são sujeitos de direito, mas também outros vivos.

Passo importante foi dado pela Constituição do Equador de 2008 que, em seu art. 10, reconhece a natureza como sujeito de direitos. Com base nessa norma constitucional, permitiu-se que o Rio Vilacamba ajuizasse demanda, através de sujeitos, pleiteando direito próprio em função de danos provocados pela construção de uma via.

Do mesmo modo, a Corte Constitucional da Colômbia, por meio da Sentença T-622/16, no caso do rio Atrato, reconhece direito próprios ao Rio, marcando uma visão ecocêntrica em que a natureza e os seres vivos tem uma dimensão transversão com o constitucionalismo, na medida em que a natureza não pertence ao homem, mas o homem pertence a natureza.

Em sentido similar, o Tribunal Superior de Uttarakhand, estado do norte da Índia, “ordenou outorgar ao Rio Ganges, ao Rio Yamuna e aos afluentes os títulos de ‘seres vivos’” e, portanto, portadores de direitos próprios.

O Parlamento da Nova Zelândia reconheceu identidade jurídica própria para o Rio Whanganui, disciplinando que o mesmo é um único ser vivo que incorpora todos os seus elementos físicos e metafísicos.

Parece um caminho sem volta que deve influenciar também o Direito Internacional. Anuncia-se o fim do próprio do Homem e reconhece-se uma estreita ligação entre o Homem e o absolutamente outro, como todos os demais viventes. Essa influência marcará uma nova civilização em cujos laços de fraternidade e de alteridade serão ainda mais fortes, rompendo também a lógica neoliberal de apropriação e acúmulo excessivo de bens materiais.

Há um esgotamento da ordem jurídica individualista na qual se assentou todo o pensamento jurídico ocidental a partir do séc. XVII. Assim, por exemplo, um resgate da juridicidade da ordem medieval em que, como nos conta Antonio Hespanha, mesmo uma nuvem de gafanhotos poderia ser processada por uma vila ou, ainda, um boi por ter quebrado o braço de um senhor (Hespanha, 2008: 38/39).

La obligatoriedad y universalidad de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

Juan Manuel de Faramiñán Gilbert¹

Este artículo está ordenado a partir de las respuestas a las preguntas-guía recogidas en la metodología presentada por los organizadores —Instituto Joaquín Herrera Flores (IJHF), Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH) y Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH) —para componer esta obra crítica—reflexiva sobre el Sistema Internacional de Derechos Humanos.

La DUDH es considerada como un marco de consenso universal alcanzado en 1948, que se ha desarrollado a lo largo del tiempo. ¿Cómo comprender el multiculturalismo y los enfrentamientos entre culturas a partir de los valores consagrados en el universalismo de los derechos humanos?

Los esfuerzos realizados para lograr el respeto de la dignidad humana han sido uno de los principales cometidos del pensamiento filosófico y que para consolidar su efectividad ha buscado su asidero en estructuras jurídicas. De ese modo, se abrieron las vías para poder reclamar frente a las vejaciones que se pudiesen producir a los valores que representan a esa dignidad y de las cuales la historia de la humanidad, lamentablemente, no se haya exenta. Desde el “Discurso sobre la Dignidad Humana” de Pico de la Mirándola en 1494, quizás, una de las obras más señeras sobre esta materia, el pensamiento político-filosófico ha ido evolucionando hasta consagrarse en la Declaración

¹ Catedrático emérito de la Universidad de Jaén (España), Titular de la Cátedra Jean Monnet, Profesor honorario de la Universidad Internacional de Andalucía (España).

de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución francesa y que siglos más tarde se reflejaría en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en el marco de las Naciones Unidas. Sin olvidar el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales aprobado en el seno del Consejo de Europa o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. No obstante, a pesar del enorme esfuerzo realizado para alcanzar estos acuerdos internacionales, la clave fundamental ha sido la “catalogación”, es decir la identificación de cuáles son los derechos que deben ser protegidos y garantizados como derechos humanos fundamentales y relacionados con el concepto de la “dignidad humana”; sin duda un importante esfuerzo por sistematizar y clasificar tales derechos. Si bien, como se deduce de los párrafos anteriores, todos estos pasos se han ido realizando teniendo en cuenta la idiosincrasia y la cultura europea frente a lo cual se han alzado voces provenientes de otras “familias culturales” que han indicado y reclamado la necesidad de valorar otros criterios antropológicos y sociológicos que no se tuvieron en cuenta a la hora de elaborar la lista codificada de los derechos a proteger. Personalmente, no me cabe duda de que ciertos derechos, como el derecho a la vida, a no ser torturado, el derecho a vivir en libertad, la prohibición de la esclavitud o la no discriminación por ningún motivo de raza, sexo, color, condición social, orientación sexual o creencias religiosas deben tener un alcance y valor universal más allá de la “familia cultural” de que se trate. Puesto que, sobre estos aspectos, no se debería admitir ningún tipo de consideración que pueda vulnerarlos. Dicho esto, cabe la posibilidad de reconocer que en el marco de otras tendencias culturales haya que considerar la posibilidad de que los grandes acuerdos internacionales, incluida la Declaración Universal de Derechos Humanos, han surgido bajo la inspiración de la llamada “cultura occidental” y que, por tanto, cabe y se hace necesaria una reflexión profunda de aquellos derechos que pudieran haberse sustraído de la codificación. No en vano, ejemplos señeros como la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 que recogió derechos como la eliminación de toda forma de explotación económica extranjera que durante décadas esquilmo los recursos naturales de los países africanos sin la menor consideración de los intereses de sus pueblos y que, como es bien sabido, fueron sobre todo las metrópolis europeas las que se lucra-

ron de manera inmisericorde. A la que se unieron, posteriormente otras Declaraciones tales como la Declaración del Cairo de 1990 correspondiente a los países islámicos, o la Declaración de Bangkok de 1993, correspondiente a los países del área asiática, o la Declaración de Túnez también de 1993 que aglutinó a más países africanos y en donde todas ellas reclamaban, con razón, una nueva visión y revisión de los derechos humanos en la que se tuviesen en cuenta tradiciones y valores propios de estos pueblos que no fueron reflejados en la Declaración Universal.

La interdependencia, indivisibilidad e interrelación de todos los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y el derecho al desarrollo) fueron reconocidas en la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993) como una complementariedad necesaria. En su opinión, ¿se ha consolidado este entendimiento de los derechos humanos en la práctica?

Tengamos en cuenta que ya en 1968 tiene lugar en Teherán la Primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos con el fin de revisar y examinar si realmente se habían realizado progresos durante los veinte años transcurridos desde la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. En aquella ocasión los participantes tuvieron que exhortar a la comunidad internacional para que redoblara sus esfuerzos con el fin de que se cumplieran los principios y derechos recogidos en 1948, pues existían importantes lagunas en su cumplimiento que menoscababan derechos, tan básicos, como al bienestar físico, mental, social y espiritual de los seres humanos. Posteriormente, en 1993 se celebra en Viena la Segunda Conferencia que logra aglutinar alrededor de 171 Estados y en la que se hace hincapié sobre la necesidad de fortalecer los ámbitos relativos al derecho a la educación con el fin de erradicar la lacra del analfabetismo y afianzar la lucha por el Estado de Derecho, la defensa de los modelos democráticos frente a los totalitarismos que desde la Conferencia de Teherán seguían presentes deteriorando las relaciones humanas. Se determinó, también y esto es muy importante, como una de las necesidades básicas de la sociedad: el “derecho al desarrollo”; como un

vector de los derechos de nueva generación y que deberían estar en la agenda política de todos los Estados. Se trataba de un paso importante en la búsqueda del reconocimiento del derecho al desarrollo como un derecho humano, en el citado marco de los llamados derechos humanos de nueva generación, que se agrupan con otros exponentes como el derecho humano a la paz o el derecho humano a un medio ambiente sano y saludable. En esta reflexión cabe reconocer que fue el jurista senegalés Keba M'Baye quien enarbó este término en la sesión inaugural del Curso de Derechos Humanos de Estrasburgo en 1972, pero habría que esperar hasta la Resolución n°4 (XXXIII) de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1977, para que se le reconozca institucionalmente como un derecho humano. En la citada resolución se eleva la solicitud al Secretario General de la Organización con el fin de que realice un estudio sobre las dimensiones internacionales del derecho al desarrollo como un derecho humano. Con el mismo cometido la Comisión vuelve a reiterarse sobre la idea de catalogarlo como un derecho humano en su Resolución n° 5 (XXXV) de 1979 e insiste sobre la idea de que la igualdad de oportunidades constituye una prerrogativa tanto de los Estados como de los individuos que conforman a las naciones. Sin embargo, no será hasta el 4 de diciembre de 1986 cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas adopte la Resolución 41/128 conocida como Declaración sobre el Derecho al Desarrollo y donde se establecen las coordenadas jurídicas de este derecho.

Por ello, cabe reflexionar sobre el alcance de esta catalogación del derecho al desarrollo como un derecho humano del que se ha dicho que se trata de un “derecho síntesis”, dado que se entiende que en él se aglutina el conjunto de los derechos humanos. Dado que en sí mismo encierra la interdependencia del resto de los derechos humanos, puesto que no cabe hablar de un cabal desarrollo sin la efectiva garantía y respeto del conjunto de los derechos humanos. Sin embargo, a pesar de los importantes esfuerzos realizados seguimos siendo testigos de la conculcación permanente de los más elementales derechos humanos que deterioran las relaciones entre las personas y fragilizan la dignidad humana.

¿Hasta qué punto las intervenciones “humanitarias” y la propia racionalidad neoliberal utilizan el discurso ambivalente de los derechos humanos para otros fines?

Ya he señalado en reiteradas ocasiones que el siglo XXI deberá ser catalogado como el “siglo de las migraciones” y que por tanto nos encontramos ante una realidad ineludible que deberá gestionarse con la eficacia necesaria. Gestionar implica saber cómo proteger y ayudar a aquellos seres humanos que se encuentran en situación de tener que desplazarse de sus propios países con el fin de salvaguardar su integridad física por ser objeto de persecución o por escapar de las hambrunas que se han hecho endémicas en determinadas regiones del planeta. Por lo cual, habrá que asumir, por parte de los políticos y la sociedad civil, que “el siglo XXI es y será el siglo de las migraciones”, lo que equivale a tomar en serio este proceso, no como un fenómeno puntual, sino como una realidad social de alcance internacional a la que hay que dar las respuestas oportunas y prácticas para que los miles de desplazados encuentren la cobertura legal y humanitaria que necesitan. No obstante, como juristas se hace necesario distinguir entre emigrantes económicos y solicitantes de asilo. En efecto, dada la actual crisis que afecta a determinados países como Siria, Irak, Libia u otros, hay que diferenciar entre emigrantes económicos (a quienes sin duda hay que proteger) de los asilados (que buscan de manera urgente salvar sus vidas y reclaman protección). Si bien, ambos casos son lacerantes y reclaman una atención efectiva, el caso específico de los que solicitan asilo político es sumamente grave, urgente y perentorio por lo cual los Gobiernos europeos deben ocuparse de su supervivencia de una manera acorde con sus necesidades de subsistencia vital. Cabe tener en cuenta que la Organización de las Naciones Unidas calcula que para el año 2030 en el continente africano se producirá un aumento por cada década de unos 200 millones de personas. O sea que para esa fecha la población del norte de África se calcula que va a superar los 357 millones de habitantes sin que exista una previsión favorable para el desarrollo económico y el mercado laboral de los países de la franja sur del Mediterráneo. Además, por lo que respecta a los países del África subsahariana se prevé que para la misma fecha señalada la población va a alcanzar aproximadamente los 1.370 millones de habitantes. Se trata de países que no han logrado salir de la zona de

pobreza extrema lo que hace suponer un desplazamiento de emigrantes y refugiados hacia otras latitudes y en particular hacia Europa sin duda imparable. Frente a ello, los Estados de la Unión Europea no están sabiendo gestionar como es debido estos flujos migratorios y ha sido la sociedad civil a través de ONGs solidarias quienes están cubriendo, en gran medida, las carencias estatales. No obstante, hay que tener en cuenta de que las intervenciones “humanitarias” no deberían fundamentarse en un criterio de “caridad de ayuda al necesitado”, que calme ciertas conciencias. Me estoy refiriendo a una política social seria que no se ocupe simplemente de restañar las heridas de la miseria sino que vaya más allá, al fondo del problema, y se preocupe, por un lado, de gestionar la ayuda urgente a los desplazados, es decir a corto plazo, pero también y esto es sumamente importante, por otro lado, a mediano y largo plazo, se ocupe de ayudar a resolver *in situ* las penurias humanas y económicas que afectan a los países emisores de emigrantes ya sea por motivos económicos o ambientales o se trate de refugiados políticos. En todo momento, una clara política de protección y defensa de los derechos humanos deberá tener en cuenta el respeto a otras culturas y creencias y no intentar imponer, con la excusa de la ayuda humanitaria, otros criterios y costumbres que no concuerden con su idiosincrasia y que encierren, de un modo larvado, nuevos modelos de neocolonialismo.

¿Cuál es en su opinión el valor jurídico de la DUDH en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos actual?

No cabe la menor duda de que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y de la cual estamos festejando su efeméride ha sido uno de los pasos fundamentales en el respeto y la defensa de la dignidad humana. Debemos tener en cuenta, a mi entender, que las Declaraciones que surgen en el marco de las Naciones Unidas vienen cargadas de “un plus adicional” sobre las Resoluciones de la organización, que como tales no poseen un valor jurídico obligatorio. Me refiero al bien conocido hecho de que las Resoluciones emanadas de la Asamblea General de las Naciones Unidas carecen de valor jurídico obligatorio y que su cumplimiento entra en el ámbito de la discrecionalidad estatal. No obstante, cuando nos estamos refiriendo

a la Declaración Universal entiendo que debemos atribuirle “un plus” sobre una mera Resolución pues, si bien su estructura jurídica nace del modelo de las Resoluciones, su efecto y alcance ha ido creciendo desde su aprobación y ha desbordado la simple voluntariedad. Si bien la Declaración Universal fue concebida originalmente con un perfil moral y político, se ha ido acrecentando su valor jurídico y hoy podemos afirmar, con parte de la doctrina especializada, de que nos encontramos ante un texto de alcance jurídico vinculante. Su razón es que la Declaración Universal se hace eco y se inspira en los principios de la Carta de las Naciones Unidas, en particular por su referencia al respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales recogida en el artículo 55. Al ser la Carta un tratado y que como tal tiene un valor convencional obligatorio, el reflejo de estos “principios”, aunque de manera implícita e indirecta en la Declaración, imprimen obligatoriedad. Además, por otra parte, con la práctica de los Estados, la Declaración Universal se ha “incorporado” al Derecho internacional consuetudinario como efecto de la repetición y de la *opinio iuris sive necessitatis* que le otorga valor vinculante, dado que estamos hablando de derechos inalienables de la familia humana. Por tanto, no resulta baladí reclamar su cumplimiento obligatorio, pues estamos hablando de la supervivencia del género humano y el respeto a su dignidad.

Los Derechos transculturales y la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹

Juan Ramón Martínez Vargas²
Andrea Moseres Fernández³

Este artículo está ordenado a partir de las respuestas a las preguntas-guía recogidas en la metodología presentada por los organizadores —Instituto Joaquín Herrera Flores (IJHF), Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH) y Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH)— para componer esta obra crítico-reflexiva sobre el Sistema Internacional de Derechos Humanos.

¹ La presente contribución hace parte del proyecto de investigación: “Principios de armonización entre la función y alcance de la Justicia Internacional y las demandas surgidas en los procesos políticos de transición” (2017-2018), financiado por el Centro de Gestión del Conocimiento y la Innovación de la Universidad del Rosario y adscrito a la línea de investigación “Crítica al Derecho internacional desde fundamentos filosóficos” del grupo de investigación en Derecho internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Colombia).

² Doctor en Derecho de la Universidad Alfonso X El Sabio, Madrid, España. Máster en Cuestiones Actuales de Derecho Internacional de la Universidad Alfonso X El Sabio, Madrid, España. Abogado de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. Director del Grupo de Investigación en Derecho Internacional de la Universidad del Rosario y del TICTank de la misma universidad. Profesor Principal de carrera académica en Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

³ Abogada de la Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario. Monitorea académica derecho internacional privado. Investigadora en las líneas de investigación en derecho del Espacio Ultraterrestre y Cuerpos Celestes y en Derecho Internacional y Víctimas, del grupo de Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la misma Universidad. Miembro de la Unidad Académica TICTANK de la Vicerrectoría de la Universidad del Rosario.

La DUDH es considerada como un marco de consenso universal alcanzado en 1948, que se ha desarrollado a lo largo del tiempo. ¿Cómo comprender el multiculturalismo y los enfrentamientos entre culturas a partir de los valores consagrados en el universalismo de los derechos humanos?

Posterior a los devastadores eventos de la Segunda Guerra Mundial, el consenso de los Estados frente a la necesidad de establecer unas garantías mínimas para la protección de derechos fundamentales inherentes a la condición humana, dio lugar a la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Este consenso fue representado en los 48 votos a favor y ninguno en contra que tuvo la declaración impulsada por la Asamblea General de Naciones Unidas (Hannum, 1996).

La conclusión de la participación de los Estados en la deliberación de la DUDH puede resumirse en las palabras de Herbert Vere Evatt, presidente de la Asamblea General en 1948, quien señaló que es “la primera ocasión donde una comunidad organizada de naciones hace una declaración en derechos humanos y libertades fundamentales y tiene la autoridad y la opinión de toda las Naciones Unidas y de millones de personas, hombres, mujeres y niños alrededor del mundo” (Humphrey, 1949: 356), reconociéndolo como la Carta Magna de los derechos humanos (ídem).

Pese al valor histórico de la DUDH, la discusión sobre la vinculabilidad no ha sido pacífica. Quienes sostienen que esta declaración no es vinculante apelan al hecho de que la declaración nació como una resolución de la Asamblea General⁴. En segundo lugar, se habla de que la DUDH tiene un poder residual, pues si bien sirvió tanto para la inspiración de otros instrumentos internacionales que sí son vinculantes, como para la inclusión de su articulado en las normativas internas de los Estados, por sí misma no lo es.

Tales argumentos representan una visión anacrónica de las fuentes del derecho internacional, pues al asumir que las resoluciones de

⁴ Pues la carta establece que únicamente serán vinculantes las resoluciones del Consejo de Seguridad de acuerdo al artículo 25 Carta de las Naciones Unidas 26 de junio de 1945.

las Naciones Unidas no son vinculantes por ser parte del *soft law* se ignora el desarrollo del derecho internacional y su cambio de paradigma de ser un derecho interestatal a un derecho que reconoce al individuo como sujeto de protección directa. Por lo tanto, es una posición que no se ajusta a las realidades actuales del derecho internacional y que emana de una comprensión incompleta y limitada del mismo.

Ahora bien, quienes sostienen que la DUDH es vinculante señalan que la declaración tiene carácter de costumbre. Tal argumento ha sido sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su informe 44/04, Petición 2584-02, Laura Tena Colunga y otros vs. México, párr. 36, así: “Por tanto, de acuerdo con la norma mencionada y pese al carácter corriente de la Declaración Universal como instrumento del derecho internacional consuetudinario, la CIDH no es competente ‘*ratione materiae*’ para determinar per se violaciones de la Declaración Universal”⁵.

Así mismo, el que la Declaración fuera establecida como una obligación para los miembros de la comunidad internacional en el Acta Internacional de la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos celebrada en Teherán en 1968⁶, demuestra el consenso y la práctica de los Estados en asumir la DUDH como obligatoria.

Entender esta declaración como obligatoria permite entonces concluir que existen unos derechos mínimos de los cuales los seres humanos no pueden ser despojados. Por tanto, es nuestra postura asumir la DUDH como una fuente vinculante en el marco del derecho internacional de los derechos humanos.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, su informe 44/04, Petición 2584-02, Laura Tena Colunga y otros vs. México, 13 de octubre de 2004.

⁶ DOC/A/CONF.32/41 (1968). En Hurst Hannum, *The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law*, 25 Ga. J. Int'l & Comp. L. 287 (1996).

La interdependencia, indivisibilidad e interrelación de todos los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y el derecho al desarrollo) fueron reconocidas en la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993) como una complementariedad necesaria. En su opinión, ¿se ha consolidado este entendimiento de los derechos humanos en la práctica?

Se debe resaltar que desde el principio y durante la creación de la DUDH, surgieron dudas sobre la aplicación y la “universalidad” de estos derechos humanos plasmados en el documento (Morsink, 1999: 1). Por lo cual el análisis de la aplicación de unos derechos universales a distintas y múltiples culturas y sus posibles choques debe comenzar con la definición de universal.

La universalidad se ha entendido como una aceptación global⁷, en este sentido se ha dicho que de la DUDH se puede predicar la universalidad, pues a nivel internacional fue aceptada ya que se aprobó por la mayoría en la Asamblea General y varios Estados han incluido a la misma en sus normativas internas (Arnold, 2012: 3). Pero la universalidad también se ha confundido con la definición misma de derecho humano, pues se dice que un derecho humano es aquel que es universal (Renteln, 2013:3). Según está lógica, todos los derechos humanos son universales, por tanto, los establecidos en la DUDH lo son. Esta afirmación no puede ser absoluta, pues como se observa en la práctica no existe aceptación global respecto de lo que está allí contenido. Claro ejemplo de ello son los artículos 16 y 17 de la declaración, que establecen valores que no necesariamente son aceptados universalmente. (Idem: 38)

En este sentido el artículo 16 establece la libertad de conformación de la familia, específicamente su numeral (3) establece que el matrimonio será producto del pleno consentimiento de los futuros esposos. Pese a lo anterior, en varias regiones del mundo los matrimonios arre-

⁷ Renteln, Alison Dundes. *International Human rights: universalism versus relativism*. Quid Pro Books 2013, P. 19; Donnelly, Jack. 2007. “The relative universality of human rights”. *Human rights quarterly* 29, no. 2 281-306 P. 283; Arnold, Rainer *The Universalism of Human Rights*. Volume 16. Springer Science & Business Media. 2012 P. 1

glados son una práctica generalizada consustancial a sus creencias y cultura⁸. Lo mismo sucede con el artículo 17 que establece el derecho a la propiedad privada, el cual sería contrario a las ideologías de la vida comunitaria donde no existe dicho concepto.

Pero el choque entre culturas resulta siendo aún más fuerte en situaciones como las prácticas de ablación femenina de algunos países de África y el mundo⁹. El fundamento moral de la práctica recae en mantener la pureza de la mujer, contrario a la visión occidental en donde es considerado inmoral por cuanto aliena a la mujer como sujeto de derechos (Renteln, 2013: 42).

La pregunta que surge es ¿cómo conciliar entonces la existencia de estos choques tan evidentes que se presentan en la pretensión de una universalidad de los derechos humanos? El multiculturalismo pretende extender esta universalidad de los derechos a los derechos culturales (Puyol, 2008: 67), y así hay autores que establecen la teoría del relativismo. Esta teoría se puede mirar desde dos visiones: la absoluta y la moderada. La teoría absoluta del relativismo rechaza totalmente la existencia de una universalidad de los derechos humanos dentro de la cual se afirma que no existen unos valores mínimos comunes a todos los individuos por el hecho de ser persona (Arnold, 2012: 5). La teoría moderada permite la aceptación de prácticas culturales y la interpretación de los derechos humanos según convenga, siempre que el núcleo de los derechos humanos permanezca y respete en cierta medida las obligaciones internacionales derivadas de distintos instrumentos (ídem). Esto quiere decir, que se acepten ciertas prácticas culturales sin olvidar las obligaciones internacionales de los Estados, respetando unos criterios mínimos y el núcleo de los derechos humanos, como sucedería con el derecho a la vida.

La autora Alison Renteln establece que en la práctica no se puede asumir la universalidad de los derechos humanos y que en este sentido

⁸ Práctica realizada en India, China, Suráfrica (Renteln, Alison Dundes. *International Human rights: universalism versus relativism*. Quid Pro Books, 2013 I p. 42).

⁹ Práctica realizada en las tribus de: Kenia, Tanzania, Etiopía, Sudán, Uganda, Chad, Nigeria, Ghana, Mali, Costa de Marfil, Sierra Leona, Senegal y Burkina Faso. UNICEF'S DATA WORK ON FGM/C 2016 https://www.unicef.org/media/files/FGMC_2016_brochure_final_UNICEF_SPREAD.pdf

sí se debe aceptar en cierta medida la existencia de culturas que no los incorporarán en su totalidad, en línea con la teoría del relativismo. Así, ella menciona que esta teoría se debe usar como un mecanismo para aliviar los prejuicios entre culturas, pero que no debe ser una respuesta al choque y las diferencias que existen. La autora introduce el concepto y el poder de la enculturación, que es una creencia que, a lo largo del tiempo, las culturas podrán adoptar los derechos humanos como universales (Renteln, 2013: 70).

Si bien consideramos que la palabra enculturación es imprecisa, porque usarla sería negar que las sociedades que no asumen como propios los derechos establecidos en la DUDH carecen de cultura. En conclusión, se debe entender que no existe una universalidad absoluta de los derechos humanos como se desearía, pues existen unas prácticas culturales que se contradicen con lo establecido en la DUDH. Por tanto, se acepta una relatividad en la teoría de los derechos humanos, pero es claro que esta relatividad no puede llegar al absurdo de permitir flagrantes violaciones a los derechos humanos bajo la excusa de derechos culturales. A pesar de que existan diferencias culturales hay algunos derechos que se pueden denominar como transculturales, que son aquellos mínimos que se comparten en las distintas sociedades.

¿Hasta qué punto las intervenciones “humanitarias” y la propia racionalidad neoliberal utilizan el discurso ambivalente de los derechos humanos para otros fines?

La intervención humanitaria es un concepto que ha existido a lo largo de la historia, pero es desde el siglo XIX que se comienza a denominar “humanitaria” con el surgimiento de los derechos humanos (MacQueen, 2011: 1). Este concepto se ha entendido como aquella acción de un Estado encaminada a proteger a los individuos de otro Estado que están siendo oprimidos y violentamente perseguidos, o restringidos de sus derechos humanos por su gobierno o por organizaciones o facciones de este (ídem). Este concepto no se limita únicamente a la intervención militar, pues existen también otros mecanismos de intervención como la presión económica o las medidas diplomáticas (ONU, 1945).

Se debe notar que el principio de intervención humanitaria de los Estados se encuentra establecido en la Carta de las Naciones Unidas, el cual se activa cuando existan amenazas o quebrantamientos graves a la paz y a la seguridad (ONU, 1946, cap. VII). Sin embargo, los hechos ocurridos en los años noventa en Ruanda y en la Antigua Yugoslavia son ejemplos del fracaso de esta institución. En Ruanda la Organización de las Naciones Unidas falló en tomar acciones para proteger y prevenir el genocidio de la población Tutsi. (Simms, Trim, 2011) De igual forma, en la Antigua Yugoslavia no se evitó la masacre de Srebrenica, que acarreó la muerte de más de 8.000 personas (De Wall, 2011). Como respuesta a estas dos grandes fallas en el sistema de protección internacional, las Naciones Unidas, por iniciativa de Canadá y la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados, crea “Responsibility to Protect” (R2P) o Responsabilidad de Proteger (Simms, Trim, 2011).

La Responsabilidad de Proteger representa un compromiso político para poner fin a las peores formas de violencia y persecución, aterrizando la protección a los individuos con las realidades sociales que enfrentan las poblaciones en riesgo de genocidio, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad¹⁰. Por tanto, se establece que la intervención humanitaria es necesaria en estos casos de graves y serias violaciones a los derechos humanos y que los Estados que estén en capacidad de evitarlo tienen la responsabilidad de actuar. No obstante, concebir esta responsabilidad acarrea el peligro de que se utilice para legitimar intervenciones con fines diferentes.

Para nadie es un secreto que la intervención de los Estados Unidos en Irak en el 2003, aunque con fines en cierta medida humanitarios, fue principalmente motivado por intereses económicos y políticos en la zona (De Waal, 2007). Lo que lleva a preguntarse, ¿Hasta qué punto esta selección de las potencias sobre los conflictos a intervenir se convierte en una instrumentalización de los Derechos Humanos para impulsar una agenda propia? En este sentido, encontramos que la noción de intervención humanitaria, como se ha concebido y utilizado,

¹⁰ Oficina de las Naciones Unidas para la prevención del Genocidio y responsabilidad de proteger. <http://www.un.org/en/genocideprevention/about-responsibility-to-protect.html#>

se presta para cometer violaciones al principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados.

A este respecto consideramos valiosa la reflexión de Alex de Waal, quien ha afirmado que no existe ninguna intervención humanitaria altruista, sino que ésta es otra forma de declarar la guerra, por lo que la naturaleza política es intrínseca a esta institución (*ídem*). Sin embargo, debe anotarse que los motivos ulteriores no despojan necesariamente de utilidad a la intervención y así mismo, cabe preguntarse si sus beneficios superan los perjuicios que el mencionado riesgo puede acarrear.

Resistência e Direitos Humanos

Juliana Neuenschwander¹
Marcus Giraldes²

A noção clássica de Direitos Humanos é uma construção filosófica que, nos séculos XVII e XVIII, condensou uma longa evolução semântica, na qual a palavra *humanitas* teve seu sentido aproximado ao de *jus*. *Humanitas* é um termo inventado pelos romanos na Antiguidade clássica e foi utilizado, até o século XVIII, num sentido exclusivamente qualitativo, para indicar qualidades das pessoas. Primeiro *humanitas* foi utilizada para estender ao mundo latino o ideário da educação do homem grego, pois que se já não apenas os gregos eram povos cultos, que falavam uma língua culta, já não era mas possível diferenciar no mundo apenas *greci* e *barbarum*, mas sim *humanos* (gregos e romanos) e *bárbaros*. Mais tarde, os pagãos foram considerados *humanos*, mas não os cristãos. Depois, os cristãos que eram *humanos*, mas não os pagãos. *Humanitas* era então associada à uma série de qualidades cristãs: *clemência*, *caridade*, *bondade*, sentido em

¹ Professora Titular de Sociologia Jurídica e História do Direito na Faculdade de Direito da UFRJ e Pesquisadora nível 1D do CNPq. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1991), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1994), doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2000) e doutorado em Direito pela Università degli Studi di Lecce (2004). Realizou Pós Doutorado no Instituto Max-Planck de História do Direito Europeu (2003). Integra o Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito-Mestrado e Doutorado em Teorias Jurídicas Contemporâneas, atuando na Linha de Pesquisa Sociedade, Direitos Humanos e Arte.

² Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2004) e mestrado em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (2008). É servidor público da Fundação Oswaldo Cruz no cargo de analista de gestão em saúde, tendo ingressado no perfil de gestão da inovação com ênfase em transferência de tecnologia. No momento encontra-se licenciado do serviço público por estar cursando doutorado em direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Tem experiência acadêmica e profissional na área de Teoria e Sociologia do Direito, Teoria do Estado, Economia Política e Direito da Propriedade Intelectual.

que ainda hoje utilizamos a palavra. Na Idade Média, na diferença entre *divinitas* e *humanitas* a última passa a exprimir o lado negativo, refletindo uma concepção decaída da natureza humana. Depois, num giro antropocêntrico a partir do século XV, a palavra humanidade vai recuperando sua dignidade, primeiro para indicar as qualidades do cortesão e mais tarde de todos os súditos do rei, enquanto estes colocavam-se ainda do lado da *divinitas*, de forma que seu poder absoluto se apresentava como divinamente fundado. A exigência de uma homologação dos súditos em face do poder absoluto dos soberanos fez com que, no século XVII, a noção de humanidade como expressão de uma natureza humana passasse a ser vista como uma qualidade moral —e jurídica— dos indivíduos. Os súditos eram todos igualmente humanos e, portanto, submetidos ao soberano, pois sua natureza era feita de deveres morais e jurídicos, o primeiro deles aquele de obedecer. Samuel Pufendorf, cem anos antes da primeira declaração de direitos dos homens e do cidadão, feita pelos revolucionários franceses, escreveu o livro *Les Devoirs de l'homme e du Citoyen*. É nesse ponto que vemos a aproximação da noção de *humanitas* daquelas de *ius* e *potestas*, abrindo espaço para a construção semântica da noção de direitos humanos como faculdades jurídicas, e, portanto, poderes dos indivíduos.

Toda essa evolução semântica, que se observa no plano da literatura filosófica, teológica e jurídico-política, não é mera abstração: ela reflete e condensa, na verdade, lutas históricas que levaram à formação e à declaração, já no século XVIII, dos direitos humanos. Temos as lutas “protocomunistas” dos camponeses na Alemanha do séc. XVI; as guerras de religião, que expressavam também a disputa pelo poder, com a construção da noção de direito de resistência e depois de tolerância; a luta pelo fim da estratificação e do absolutismo político; pela extensão do direito de propriedade à burguesia; a conquista do direito ao voto, alcançada pelas mulheres há apenas cem anos. Mais tarde, exprimem-se como “direitos humanos” a luta dos trabalhadores, das mulheres, dos índios, dos negros, dos homossexuais, dos transgêneros...

Nesse passo, os direitos humanos devem ser compreendidos não como reflexo da natureza humana —de uma *humanitas* feita de qualidades variáveis a cada época— mas sim como produtos de lutas históricas que constroem o próprio sentido da natureza humana. Ao

conceito de direitos humanos aplica-se aquilo que Koselleck chamou de “conceitos históricos”, que são conceitos que não apenas são historicamente produzidos, mas também que fazem diferença na história, porque são capazes de mover a própria história. A diferença que a noção de direitos humanos produz historicamente se converte em parte de seu sentido.

As declarações de direitos humanos, já desde a primeira *Déclaration Universelle des Droits de l’homme et du citoyen*, no “dia seguinte” da Revolução Francesa de 1789, emergem na confluência dessas lutas históricas, mas recolhem as conquistas históricas por direitos como sendo, desta feita os direitos, uma expressão da natureza dos homens enquanto humanitas. Esse paradoxo é ocultado na medida em que as declarações são concebidas como enunciações de direitos pré-existentes (naturais), a serem nelas unicamente declarados (positivados). Essa estratégia permite que as declarações em certa medida assentem as lutas históricas, no duplo sentido de que as consolidam e congelam, porque estabilizam patamares de direitos que, uma vez declarados, espera-se que sejam efetivados, ao mesmo tempo em que, ao selecionarem “o quê” declarar, excluem novos patamares de direitos a serem alcançados.

Por isso não é de todo implausível se referir à Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 como “marco de um consenso universal” alcançado no pós-guerra. Esse consenso, que oculta as lutas históricas que desembocaram na Assembleia da ONU, pretendeu, em nome da paz, estabelecer os patamares de lutas políticas toleráveis no pós-guerra. As declarações não antecedem as lutas históricas; elas assentam, “domesticam”, essas lutas. O texto final aprovado expressava, naquele momento, uma determinada correlação de forças entre os dois blocos que iniciavam a polarização global a partir da derrota militar do nazi-fascismo: o bloco capitalista, liderado pelos Estados Unidos, e o bloco socialista, liderado pela União Soviética. Sabe-se, por exemplo, que a questão da maior ou menor extensão dos direitos sociais e econômicos no texto da declaração foi objeto de polêmica entre os dois blocos.

Aquele era um contexto bastante complexo. Assistia-se o início da construção do Estado de bem-estar social nos países de capitalismo central (é verdade que mais na Europa Ocidental do que nos Estados

Unidos). E o Estado de bem-estar social, por sua vez, também era um compromisso, não obstante conflituoso, entre capital e trabalho (ou seja, as linhas de demarcação entre os blocos não estavam apenas nas fronteiras entre países, mas no interior dos próprios países capitalistas centrais). Lembremos, por exemplo, que o ano de 1948 é também o da criação, no Reino Unido durante o governo do Partido Trabalhista, do National Health Service (NHS), referência de sistema de saúde socializado em país capitalista. Havia algo ainda mais importante: o contexto em 1948 era também de descolonização, processo efetivado, inclusive, pela via do exercício do direito de resistência e revolução. Em 1947 a Índia se fez independente do Reino Unido e em 1949 foi declarada a República Popular da China³, para mencionarmos apenas as duas nações mais populosas do mundo. Portanto, não obstante o caráter compromissório do que foi declarado por escrito, a Declaração de 1948 está inserida em um contexto mundial conflituoso de expansão de direitos.

Observando esse cenário complexo e ainda conflituoso, podemos observar algo que, da construção multissecular da noção de direitos humanos, foi abandonado pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, sendo deixado de lado como um resíduo pré-histórico: o Direito de Resistência. Esse direito, que tem suas origens no século XVI, quando foi elaborado em oposição à noção de Razão de Estado, não se encontra declarado no rol dos trinta artigos que integram a Declaração de 48. Isso muito embora em seu Preâmbulo a Declaração considere “ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão”. Ou seja, a Declaração, embora não enuncie o direito de resistência no rol dos direitos declarados, estabelece que a proteção dos direitos humanos pela lei é necessária, como garantia de que a rebelião, não seja praticada.

Isso significa que a Declaração vê a resistência —“rebelião”— como algo a ser evitado pela proteção da lei, mas ao mesmo tempo, como algo inevitável quando a lei deixa de garantir os direitos humanos.

³ Entretanto, a representação do regime comunista chinês restaria usurpada na ONU até o ano de 1971.

Há aqui claramente uma ambiguidade na forma como a própria Declaração aborda o tema da resistência: ela exclui a resistência do rol dos direitos declarados mas, por outro lado, a coloca como o último recurso de que se pode valer o cidadão quando a lei não garante os direitos. Nessa interpretação do Preâmbulo poderíamos concluir que a resistência subjaz à Declaração, como um direito não declarado, ou mesmo como garantia dos direitos declarados.

Mas se olharmos o último artigo da Declaração, podemos observar a força conservadora desta, ao afirmar uma espécie de razão de Estado como sobreposta à qualquer noção de resistência: “No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas”.

Qual então a posição do direito de resistência na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948? Nenhum texto deve ser lido abstraído-se o seu contexto. Isso é uma verdade especialmente no caso dos textos filosóficos, políticos e também jurídicos. Essa ambiguidade no tratamento da resistência pela Declaração de 1948 exprime a necessidade de preservação da paz naquele contexto marcado pela tensão entre os blocos capitalista e socialista. Aquele também foi um contexto de expansão de direitos, uma estratégia de se acalmar as tensões entre capitalismo e socialismo.

Mas o contexto atual é diverso e, portanto, também diversamente podemos interpretar a própria Declaração Universal de Direitos Humanos, que completa 70 anos. O contexto político se transformou desde os anos 70, quando passou a haver o predomínio, no sistema capitalista global, das tendências de reestruturação produtiva e financeirização como funções de aumento da acumulação do capital (seja por meio do estabelecimento de formas organizativas que visam a intensificação da exploração e a redução relativa da renda do trabalho em relação ao capital, seja pela criação desregulada e hipertrofiada no mercado de capitais daquilo que Marx denominou “capital fictício”). A essas tendências correspondem uma ideologia e um conjunto de

políticas a que se convencionou chamar “neoliberalismo”, como uma nova modalidade de “Razão de Estado” que se tornou hegemônica. Onde quer que tenha se efetivado como governo, o discurso neoliberal de redução do Estado tem significado na prática uma redução de direitos sociais e uma contrapartida pelo aumento do “Estado penal” como forma prioritária de administração da pobreza.

O neoliberalismo traz a hipertrofia do movimento que David Harvey denominou “acumulação por despossessão”. Trata-se do movimento histórico de transferir para dentro do mercado bens que, pela lei ou pelo costume, estão fora, o que resulta na expropriação dos direitos de povos, comunidades e classes sociais subalternas. Nessa forma de acumulação, que depende diretamente da ação do poder político de um Estado forte que é a negação da ideologia neoliberal, estão incluídas todas as modalidades de privatização violentas e/ou fraudulentas de bens de uso comum (recursos naturais, espaços fundiários e urbanos, bens culturais, conhecimentos etc) ou de propriedade pública não mercantil (serviços públicos etc). David Harvey baseou-se nos estudos de Marx sobre a acumulação primitiva e de Rosa Luxemburgo sobre o imperialismo para demonstrar que a história do modo de produção capitalista é pontuada pela combinação entre a “acumulação por despossessão” e a “opressão via capital”, sendo esta última a forma de acumulação que resulta da produção de mercadorias (e do capital) por meio da exploração da classe trabalhadora.

O neoliberalismo, portanto, significaria um aumento dos processos de “acumulação por despossessão”, embora sem nunca prescindir da “opressão via capital” que produz e reproduz mercadorias. Essas transformações estruturais também produzem dialeticamente as lutas de resistência e emancipação que lhes são correspondentes e, assim, um pensador como Daniel Bensaïd irá mencionar, em um texto de introdução aos artigos do jovem Marx sobre a lei referente ao furto de madeira, que vivemos uma época em que emergem “novas formas de resistência dos despossuídos —os “sem” (sem-documento, sem-domicílio, sem-teto, sem-emprego, sem-direito)”⁴.

⁴ Bensaïd, Daniel. Os despossuídos: Karl Marx, os ladrões de madeira e o direito dos pobres. *In* Os despossuídos: debates sobre a lei referente ao furto de madeira/Karl Marx; Daniel Bensaïd. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 63.

Na atualidade, portanto, o tema da resistência emerge, com toda sua ambivalência mas também com toda sua força revolucionária, na moldura da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Neste contexto social e político de retirada de direitos, os conceitos de direitos humanos e direito de resistência se revelem em toda a sua radicalidade enquanto “direito a ter direitos” e “direito à luta pelos direitos”, justamente porque se tornam a alternativa política daqueles que não tem mais nada, ou quase nada. E é justamente para aqueles que não têm direitos para quem se dirigem e devem valer os direitos humanos.

Portanto, a luta dos oprimidos e explorados passa necessariamente pela causa dos direitos humanos e do direito de resistência, embora não se reduza a ambos. No caso do Brasil, onde há o processo de “acumulação por despossessão” sem que nunca tenha sido concretizado um Estado de bem-estar social para a maioria da população, o discurso e a militância de “direitos humanos” estão entre os alvos ideológicos principais da direita mais reacionária. Entretanto, se olharmos de maneira mais ampla chegaremos facilmente à constatação de que não é tão simples estabelecer uma linha demarcatória para a função dos discursos de “direitos humanos”. Assim, uma retórica sobre os “direitos humanos” foi utilizada como justificativa para o bombardeio da Iugoslávia pela OTAN em 1998 e é com uma certa retórica sobre “direitos inalienáveis” que os Estados Unidos perpetuam um cruel bloqueio econômico contra Cuba.

Neste contexto em que se vê alargado o abismo entre as palavras e os fatos, os direitos humanos são evocados para intervenções imperialistas em países periféricos que resultam em violações de direitos humanos em larga escala. Se no passado os direitos humanos estiveram vinculados ao contexto dos processos de descolonização, hoje o termo “direitos humanos” é muitas vezes associado a ações de re-colonização. Este também é o caso presente da tragédia que se abate sobre a Síria.

A Síria é o último bastião do nacionalismo árabe no Oriente Médio, que originalmente era um projeto de esquerda e que reivindicava o socialismo, embora por uma via autocrática. Quando o regime liderado pela família Assad se viu pressionado por manifestações populares às quais reprimiu violentamente, esta foi a senha para que

as potências ocidentais apoiassem política, midiática e materialmente uma luta armada em nome da “democracia” e dos “direitos humanos”. Sempre que é politicamente conveniente, o “direito de resistência” contra a opressão é trazido novamente à tona e os freedom fighters da ocasião recebem toda a cobertura do oligopólio midiático global. No caso da Síria, por traz desses grupos armados estão presentes os interesses geopolíticos locais de um governo turco cada vez mais islamizado e, sobretudo, das monarquias misóginas da península arábica. As potências ocidentais capitulam em favor de regimes patrocinadores do terrorismo sunita porque tais monarquias árabes são uma fonte importante de financiamento dos mercados financeiro e imobiliário da Europa Ocidental e dos Estados Unidos. A esses elementos acrescenta-se as rotineiras agressões do regime colonialista israelense contra a Síria. O resultado de toda a campanha ocidental em prol da “democracia” e dos “direitos humanos” na Síria é uma guerra que se arrasta há sete anos e que levou a centenas de milhares de mortos, a milhões de refugiados e à ruína da infraestrutura do país, além da destruição de tesouros artísticos e arqueológicos.

O autodenominado Estado Islâmico não é um acidente da guerra na Síria, mas a consequência direta da conivência das potências ocidentais e do patrocínio ideológico e financeiro de governos sectários da região. E mais do que isso: o Estado Islâmico, longe de expressar apenas um mero arcaísmo local, também seria uma manifestação de um certo “espírito do tempo” que estaria presente em uma tendência de crescimento da extrema direita, o que explicaria a sua capacidade de atrair jovens de fora do Oriente Médio. Contingentes de jovens “sem”, inclusive sem esperanças, atravessam as fronteiras da Síria e do Iraque para lutar pelo Estado Islâmico, num movimento comparável ao de massas pauperizadas que nos anos 30 foram influenciadas pela propaganda de extrema direita e aderiram ao fascismo na Europa. Segundo a intelectual e militante curda Dilar Dirik, o Estado Islâmico é “um produto da modernidade capitalista”⁵ e como tal deve ser estudado.

Mas ocorreu um efeito não desejado nessa guerra e que interessa, como teoria e prática, aos conceitos de direitos humanos e direito de

⁵ Ver <https://roarmag.org/magazine/dilar-dirik-kurdish-anti-fascism/>

resistência. O povo curdo, que desde o fim da I Guerra Mundial tem sido continuamente traído ou esquecido pelas potências mundiais e pelo direito internacional, após décadas de resistência contra os nacionalismos dos Estados da região, concentrou forças no norte da Síria e se tornou vanguarda da luta armada e política contra o Estado Islâmico, ao tempo em que vai realizando uma verdadeira revolução social nas áreas liberadas, a Revolução de Rojava. Enquanto o Estado Islâmico perseguia minorias religiosas, reinstituía o trabalho escravo e aplicava a escravidão teocrática a todas as mulheres, as forças curdas tem cerca de metade de suas tropas composta por mulheres guerrilheiras. Elas e eles tem lutado bravamente e contribuído para a derrota do “Estado Islâmico”, mas em retaliação, o Estado turco tem promovido pesadas incursões militares contra os curdos.

Por fora de toda a retórica liberal sobre “democracia” e “direitos humanos”, é no norte da Síria, mais precisamente nas montanhas do Curdistão, que tem sido escrito mais um capítulo das lutas históricas por direitos e liberdade. Ali também se encontra a chave para a ressignificação do direito de resistência como direito à luta para ter direitos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos e seus Vícios de Origem

Larissa Ramina¹
Tatyana Scheila Friedrich²

As declarações, em geral, possuem conteúdo principiológico. Apesar das discussões em torno do tema, atualmente compreendem-se os princípios como parte da categoria normativa, juntamente com as regras, já que ambos expressam o dever ser. O caráter normativo dos princípios já foi consagrado por importantes pensadores, dentre os quais se destacam Del Vecchio, Bobbio, Dworkin e Alexy³. Com eles, afastou-se a antiga ideia de generalidade, que concebe os princípios como normas de um grau de generalidade relativamente alto e as regras como normas de generalidade relativamente baixa.

Adota-se, agora, o entendimento de que os princípios são normas que determinam a realização de algo na maior medida possível, ante todas as possibilidades reais e também jurídicas, admitindo-se tal realização em diferentes graus. Já as regras, quando válidas, devem ser cumpridas em seus termos restritos, dentro do âmbito fático e juridicamente possível. Elas devem ser simplesmente cumpridas ou não cumpridas. (Alexy, 2008: 80 e ss.)

¹ Professora de Direito Internacional da Universidade Federal do Paraná (Brasil). Doutora em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (Brasil). Pós-doutora em Direito Internacional pela Université de Paris Ouest Nanterre-La Défense (França).

² Professora Associada de Direito Internacional Privado da Universidade Federal do Paraná (Brasil). Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pós-doutorada pela Fordham University, Nova York.

³ Sobre o tema, ver: DEL VECCHIO, Giorgio. *Princípios gerais do direito*. Belo Horizonte: Leider, 2003; BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002; DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000 e ALEXY, Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

O instrumento da declaração tem sido bastante utilizado no Direito Internacional, geralmente como uma alternativa ao modelo convencional, sendo considerado, simplificada, como um instrumento normativo não vinculante, consagrador de princípios gerais de direito, que se contrapõe à força normativa dos tratados. Entretanto, uma análise pormenorizada permite identificar outras características das declarações, diferentes razões para sua adoção e uma multiplicidade de consequências.

A opção por uma declaração pode ocorrer apenas em função das circunstâncias diplomáticas e políticas do *ocasio legis*, numa escolha pragmática para se chegar a um resultado final, ainda que não seja o ideal. Pode, por outro lado, ser uma preferência consciente pela adoção de um conjunto de regras gerais, principiológicas, que enuncie os aspectos mais relevantes de determinado tema, de modo a conquistar o apoio dos Estados em relação ao seu conteúdo, abandonando a prática individualista da internalização.

As declarações, em geral, servem como uma referência para a criação de instrumentos nacionais, regionais, supranacionais e até mesmo outros textos internacionais, além de serem mais facilmente aplicadas pelos operadores jurídicos. Além disso, podem auxiliar na interpretação, aprimoramento e complementação de normas já existentes. Ao contrário do que ocorre com os tratados, as declarações orientam os Estados sem cair num determinismo jurídico, interno ou internacional. De um modo geral, as declarações no direito internacional público advêm de atos originados dos trabalhos das organizações internacionais, geralmente pela via de “resoluções”.

Foi o que ocorreu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que foi adotada no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU) como uma resolução da sua Assembleia Geral. Sua adoção ocorreu no dia 10 de dezembro de 1948, portanto no período do pós-Segunda Guerra Mundial, sendo claramente inspirada nos princípios que embasam o repúdio aos crimes cometidos durante aquele evento. O ânimo principal do documento foi evitar uma eventual repetição dos horrores nazifascistas. Logo, trata-se de um texto que resultou diretamente da experiência do Holocausto e do Nacional Socialismo —e suas características autoritárias, totalitárias e racistas. A opção por uma resolução foi determinada pela impossi-

bilidade de se criar um instrumento vinculante em plena Guerra Fria e no Pós-Guerra, culminando então num documento enunciativo de princípios, exteriorizado sob a forma de declaração.

Diante desses fatos, parece que a primeira reflexão que se deve fazer em relação a esse documento está na sua própria origem, que é o objeto do presente artigo. Em texto crítico Makau Mutua, autor vinculado ao movimento das *TWAIL-Third World Approaches to International Law*, constata que foram as atrocidades europeias perpetradas por Adolf Hitler contra um povo branco que deram ensejo ao movimento dos direitos humanos. Portanto, as atrocidades europeias anteriores, como a escravização dos africanos ou a colonização dos asiáticos, africanos e latino-americanos pelos europeus, com sua dimensão genocida, não foram suficientes para a criação do referido movimento. O movimento dos direitos humanos não foi então impulsionado para salvar ou civilizar os não-europeus. Ao contrário, foi necessário o extermínio genocida dos judeus, um povo branco geograficamente localizado no espaço europeu para que o mesmo tomasse corpo. (Mutua, 2001: 211)

Nessa perspectiva, a referência à Declaração Universal dos Direitos Humanos como o mais grandioso de todos os documentos de direitos humanos, ou como a redenção da própria humanidade, seria uma falácia. Makau Mutua afirma que o roteiro de direitos humanos “levanta uma multiplicidade de questões e problemas normativos e culturais, especialmente à luz das raízes históricas do movimento” (idem: 209/210), na medida em que procura universalizar as normas e os valores eurocêntricos repudiando e demonizando tudo o que é diferente e não europeu, ou seja, tudo aquilo que para o ocidente representa o “outro”. Para ele, o documento reflete uma continuidade do domínio conceitual e cultural ocidental nos últimos séculos, e por isso não pode ser considerado como o padrão comum de conquista para todos os povos. Essa constatação é ressaltada pela identificação das normas de direitos humanos com a democracia política, por exemplo. (idem: 215) Logo, a DUDH segue um padrão histórico segundo o qual toda a moralidade vem do ocidente enquanto padrão civilizador, ao passo que todas as outras partes do mundo estariam num nível civilizatório inferior.

Essa diferenciação entre os níveis de humanidade determinados pelo grau civilizatório, de onde partiu a DUDH, continua a ditar e a dominar a cultura contemporânea dos direitos humanos. Alice Conklin caracteriza a aquisição e governo pela força das colônias, pelas democracias consideradas mais avançadas, como um dos paradoxos fundamentais dos últimos séculos, pois as práticas violentas empregadas pelas potências ocidentais violam os valores democráticos que as próprias tanto professam. Não obstante, a colonização foi em grande parte chancelada pelas políticas estatais ocidentais. Segundo aquele autor, não haveria maior violência que a política colonial que tratou os colonizados não como seres humanos em igualdade de condições, mas como seres inferiores em seus próprios territórios. (Conklin, 1998)

A diferenciação cultural, com a conseqüente diminuição do grau de civilidade dos povos colonizados é sem dúvida uma das principais tensões do império colonial. Por isso, qualquer discussão crítica acerca do movimento dos direitos humanos deveria partir dessa relação binária entre civilização e barbárie. Toda a normativa dos direitos humanos, a começar pela própria DUDH, foi criada e manipulada para servir como ferramenta de legitimação colonial, com as conseqüentes apropriações e violações de culturas e civilizações existentes. O discurso jurídico, dentro do qual a retórica dos direitos e liberdades do ser humano tem sido articulado, tem servido como um instrumento deliberado de força e coerção para consolidar o controle colonial ocidental, e principalmente visando a proteção de seus interesses econômicos.

Infelizmente, portanto, o discurso dos direitos humanos em sua forma atual continua a servir aos interesses políticos e econômicos ocidentais, apesar de estar sempre travestido como algo benéfico, como o resgate de um terceiro mundo bárbaro e selvagem. Todo o projeto dos direitos humanos esteve historicamente disfarçado como um processo civilizatório, e o ponto de partida da história contemporânea dos direitos humanos começa com a DUDH, documento por meio da qual a internacionalização dos direitos foi perseguida. A DUDH encarna o compromisso com a moral nas relações internacionais, mas com a moral ocidental.

Foi a DUDH que pela primeira vez avançou um regime de direitos universais e inalienáveis que os indivíduos detinham em virtude de sua humanidade. Entretanto, faltou discutir o significado de humanidade, quem define esse significado e de acordo com quais padrões. (Ozoke, 2014) O problema de se admitir diferentes padrões de civilização na definição de humanidade já fazia parte dos desentendimentos iniciais que a Comissão de redação da DUDH teve que enfrentar. Sabe-se que a Comissão encontrou forte oposição da delegação da Arábia Saudita, que argumentou que a mesma teria considerado apenas os padrões reconhecidos e aplicados pela civilização ocidental. (Ignatieff, 2011)

Implícita à posição saudita está o protesto contra a proclamação da superioridade dos valores e da civilização ocidental sobre todos os outros e a construção de um padrão universal de direitos a partir desta civilização. A delegação saudita pontuou que a Comissão desconsiderou civilizações muito mais antigas e suas respectivas instituições, que demonstraram sua sabedoria através dos séculos. Este debate cresceu em várias formas de contestações filosóficas, a mais notável sendo a divisão entre multiculturalismo relativista e universalismo no discurso dos direitos humanos. Ignatieff observa que a posição da Arábia Saudita recebeu apoio não só do mundo islâmico em geral como também dos países asiáticos, que criticaram a concepção individualista ocidental dos direitos humanos. (idem) Essas desavenças demonstram que os direitos são meramente culturais, artefatos camuflados como valores universais. (Ibhawoh, 2002)

A história da DUDH, portanto, revela sua origem no contexto imperialista. A história dos direitos humanos manteve-se ligada ao expansionismo imperial e suas implicações, como a promoção de uma agenda de hegemonia colonial. Europeus e americanos camuflaram sua motivação colonial e seduziram os povos autóctones a apoiarem a colonização como uma forma de evoluir na escada civilizatória. A evolução histórica dos vários impérios europeus e sua relação com o desenvolvimento dos direitos sugerem um modelo de crença de que os valores eurocêntricos são necessariamente coincidentes com os valores de toda a raça humana, daí a base para a articulação da universalidade desses valores. Universalidade esta, portanto, que deve ser seriamente questionada.

El desarrollo y los derechos en las últimas tres décadas¹

Laura Victoria García-Matamoras²

Hoy, 70 años después de la terminación de la segunda guerra mundial, de la consolidación de la Organización de las Naciones Unidas y de la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como de la finalización de la guerra fría, las discusiones sobre la relación entre desarrollo y derechos humanos siguen vigentes, en la medida en que las preocupaciones sobre la desigualdad en la distribución de los recursos económicos y sobre la pobreza siguen también muy vigentes. Pero hoy, a diferencia de hace 70 años, las relaciones económicas y comerciales entre los Estados son más intensas, constituyen parte fundamental de la denominada “globalización” y sus efectos sociales, políticos, culturales y medioambientales son cada vez más visibles.

A partir de esta constatación, en las líneas que siguen nos centraremos en lo sucedido entorno al desarrollo como institucionalidad y como derecho en las últimas tres décadas, sin perder de vista que

¹ La presente contribución hace parte del proyecto de investigación: “Principios de armonización entre la función y alcance de la Justicia Internacional y las demandas surgidas en los procesos políticos de transición” (2017-2018), financiado por el Centro de Gestión del Conocimiento y la Innovación de la Universidad del Rosario y adscrito a la línea de investigación “Crítica al Derecho internacional desde fundamentos filosóficos” del grupo de investigación en Derecho internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Colombia). El texto constituye una actualización y desarrolla algunas secciones del trabajo titulado “El Derecho al Desarrollo y sus perspectivas de aplicación en la Organización Mundial del Comercio”, desarrollada por la autora como trabajo de tesis de Doctorado.

² Abogada de la Universidad del Rosario, Posgrado en derecho internacional privado de la Universidad de Paris II, Doctora en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Profesora Titular de carrera académica, integrante del Grupo de investigación en Derecho internacional y co-directora de la Especialización en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y DIH de la Facultad de Jurisprudencia. Universidad del Rosario.

entre el final de los años 40 y finales de los 80 pasaron muchas cosas relevantes, tales como la puesta en marcha de una institucionalidad para el desarrollo (FAO, UNESCO, OMS), la declaración de varios Decenios de las Naciones Unidas para el Desarrollo por parte de la Asamblea General de la ONU (1960, 1970 y 1980), la expedición de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966), el intento frustrado de establecer un Nuevo Orden Económico Internacional (1974) y la proclamación de la Declaración Internacional sobre el Derecho al Desarrollo (1986), hechos estos últimos que se dieron en medio de la decadencia del socialismo en el mundo y fueron seguidos de la caída del muro de Berlín.

El desarrollo y los derechos humanos en la década de los noventa

La década de los noventa, inicia entonces en medio de las dificultades políticas, en un mundo liberalizado económicamente como consecuencia de las teorías económicas y políticas puestas en práctica desde de la década anterior, y fortalecidas con la finalización de la guerra fría. Decía el presidente Bush comenzando esta década: “Ahora vemos aparecer un nuevo orden mundial, un mundo en el que las Naciones Unidas liberadas del impase de la guerra fría, están en capacidad de hacer realidad la visión histórica de su fundador: un mundo en el cual la libertad y los derechos humanos son respetados por todas las naciones” (Berth, 1992: 129). Es decir que proclamaba la libertad, sobre todo en sentido económico, como garantía de los derechos humanos, tendencia que marcó toda la década.

En este marco, las Naciones Unidas trataron de no abandonar los esfuerzos en materia de derecho al desarrollo, de manera que en enero de 1990 se realizó en Ginebra la Consulta Mundial sobre el Derecho al Desarrollo como Derecho Humano y en ella se reiteró la necesidad de respetar la libre autodeterminación de los pueblos y el derecho a la participación democrática de grupos e individuos. Así mismo, se evidenció una vez más que el crecimiento económico y financiero no implicaba *per se* justicia social y que el interés del desarrollo económico no podía desconocer las diferencias culturales. De esta manera, la

Declaración sobre el Derecho al Desarrollo debería estar presente en todos los órganos y las actuaciones de las Naciones Unidas.

Pero paralelamente a esta perspectiva del derecho al desarrollo, la institucionalización del derecho del desarrollo fue tomando un rumbo diferente y uniéndose a las tendencias económicas y políticas de la época que querían involucrar en la estructura del desarrollo factores humanos como pobreza y necesidades básicas, pero dejando de lado la propuesta del derecho al desarrollo, tal como era el interés de los países desarrollados y de los organismos financieros y monetarios internacionales. Bajo esta perspectiva se expidió la Resolución 45/199 del 21 de diciembre de 1990, en la cual se plasmó la “Estrategia Internacional del Desarrollo para el Cuarto Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo”, que aborda el problema del desarrollo con un énfasis diferente a aquel previsto en el NOEI, al punto que éste ni siquiera es mencionado.

En esta Resolución, si bien el diagnóstico identifica problemas ciertos en materia de desarrollo es claro que la forma de asumir su solución se enmarca en las tendencias económicas del momento, que apuntaban a la consolidación del sistema capitalista y liberal y de la defensa de la democracia como condición indispensable para el desarrollo. De esta manera, la resolución destaca como aspecto positivo los cambios económicos y políticos de Europa del Este que implican una distensión bélica y en tal sentido, la esperanza de que los recursos que se liberen en lo militar se inviertan en el desarrollo³. En el centro del desarrollo se establece el desarrollo económico y se entiende que el mismo debe permitir una redistribución de los beneficios económicos.

Varios son los cambios que pueden identificarse en la estrategia propuesta en la década de los 90, en relación con las estrategias anteriores: el abandono de la doctrina del NOEI y la prevalencia en el reconocimiento y protección de los derechos individuales; el reconocimiento de la democracia como sistema político único para garantizar el desarrollo y la protección de los derechos humanos; una procla-

³ Este aspecto positivo del cambio político y económico en Europa del Este contrasta con los efectos negativos identificados por varios analistas, en el sentido de la inevitable imposición de las directrices económicas del liberalismo y el capitalismo como únicas opciones viables, lo cual fue palpable en la década de los 90.

mación de las libertades económicas y, en general, del crecimiento económico como valores fundamentales para el desarrollo.

El profesor Bedjaoui formula una dura crítica a la visión impuesta sobre el desarrollo para este Cuarto Decenio, “se trata de una resolución que consagra un cambio total de estrategia de las Naciones Unidas en materia de desarrollo, uniéndose en este aspecto al discurso despiadadamente realista de las instituciones financieras internacionales. A partir de ese momento, las grandes orientaciones para el desarrollo, denunciando las cargas burocráticas y los excesos de reglamentación, tuvieron como destinatarios a los estados” (Bedjaoui, 2008: 170).

Es también en esta década donde se involucran con más fuerza las preocupaciones medioambientales, expresadas, en la visión de desarrollo sostenible y concretadas en el seno de las Naciones Unidas en instrumentos como la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, suscrita en 1992 como producto de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el mismo tema, que tuvo lugar entre el 3 y el 14 de junio de ese año, que buscaba precisamente establecer una relación clara entre el desarrollo y la necesidad de proteger el medio ambiente.

Desde la perspectiva del derecho al desarrollo se realizó en Viena en 1993 la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, en la cual se examinó el estado del derecho al desarrollo, reafirmando que es un derecho universal e inalienable, que hace parte de los derechos fundamentales y reconociendo que la falta de desarrollo no es justificativa para el desconocimiento de los demás derechos. Conferencia que fue complementada con el consenso obtenido en la Cumbre Mundial sobre Desarrollo de Copenhague, realizada en 1995.

No obstante lo anterior, y ante las evidentes dificultades que seguían viviendo los países en desarrollo y sus ciudadanos como consecuencia de la aplicación radical de las políticas económicas neoliberales, el sistema no podía permanecer ajeno a los problemas humanos y del medio ambiente, razón por la cual se incorporaron institucionalmente los conceptos de desarrollo humano y sostenible, como límites al desarrollo económico⁴. De manera que, los factores humanos del

⁴ La Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/51/240 del 15 de octubre presenta el siguiente balance de los instrumentos expedidos en

desarrollo no eran el fin principal del crecimiento económico, sino un elemento necesario para el buen funcionamiento y la legitimidad del sistema.

El derecho al desarrollo fue entregado a los organismos de derechos humanos de las Naciones Unidas, que a pesar de su importancia política y de establecer algunos mecanismos de comunicación y reflexión conjunta⁵, no tuvieron una influencia en las decisiones que internacionalmente generaban efectos reales, es decir, de las provenientes de los organismos económicos y financieros.

la primera parte de la década de los 90: “La declaración sobre la cooperación económica internacional, la estrategia internacional del desarrollo para el Cuarto Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo, la Conferencia Mundial sobre Educación para todos celebrada en Jomtien (Tailandia), la Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre los países Menos Adelantados, la Cumbre Mundial a favor de la Infancia, el Nuevo Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo de África en el Decenio de 1990, el compromiso de Cartagena, el Programa 21, y los diversos acuerdos y convenciones adoptados por consenso antes, durante y después de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el desarrollo, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, la Conferencia Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de los Pequeños Estados Insulares en desarrollo, la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, la Cumbre Mundial sobre el desarrollo social, la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, el noveno período de sesiones de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Habitat II) y la Cumbre Mundial sobre la Alimentación.

⁵ Estos fueron los mecanismos de comunicación y reflexión conjunta puestos en marcha: “las consultas abiertas por el Secretario General con los Estados miembros solicitando su opinión sobre un programa de desarrollo y los informes del Secretario General ‘un programa de desarrollo’... la celebración en junio de 1994 de las sesiones de Alto Nivel del Consejo Económico y Social dedicadas al examen del tema ‘un programa de desarrollo’ y precedidas por un diálogo entre el Consejo Económico y Social y los jefes ejecutivos del Banco Mundial, el FMI, el GATT, y la UNCTAD; y las audiencias mundiales sobre desarrollo celebradas a instancia del presidente de la Asamblea General e integrada por consultores internacionales cuyos miembros no son nombrados por los Estados (Nueva York, 6 a 10 de junio de 1994), así como la Resolución 51/240 de la Asamblea General *Programa de desarrollo*, adoptada en 1997” Victoria Abellán Honrubia. *Nuevos parámetros para una estrategia internacional de cooperación al desarrollo*. En: “El derecho internacional en los albores del Siglo XXI”. Madrid, Ed. Trotta. 2002. P. 35

En esta década, teniendo en cuenta las características acabadas de plantear, en particular en lo relacionado con el fortalecimiento del concepto de desarrollo humano, y dando cada vez más importancia al problema de la pobreza, se gesta lo que a la postre viene a complementarse con los Objetivos de Desarrollo del Milenio⁶ y es la declaración, en 1996, del “Primer Decenio de las Naciones Unidas para la Erradicación de la Pobreza” (Asamblea General, 1996). En ella se hace una detallada referencia a las necesidades del mundo en razón de la pobreza y la carencia de un desarrollo social y económico adecuado. Sin embargo, en ninguna parte se menciona el derecho al desarrollo como un elemento connatural a la erradicación de la pobreza y esta misma característica se observa en varias de las declaraciones de las Naciones Unidas cuando se habla de desarrollo social.

En este sentido puede afirmarse que en la década en estudio, la labor de la Organización de las Naciones Unidas deja a un lado el discurso del derecho al desarrollo para dar fuerza a los conceptos de desarrollo humano y sostenible, lo cual si bien logró en lo político mantener vivas las preocupaciones sobre la carencia y las desigualdades de desarrollo, y sobre todo incluir la dimensión medioambiental, es también cierto que implicó que el discurso político-económico del desarrollo prevaleciera sobre el discurso jurídico-político, que buscaba establecer un orden económico diferente y el derecho al desarrollo como un verdadero derecho humano.

El profesor Bedjaoui elabora una crítica a la visión de desarrollo que se consolida en esta década y de la influencia de los organismos económicos y financieros, a través de conceptos como “buena gobernanza” y al abandono de la ideología del desarrollo. “La ayuda internacional pública en dirección de los países en desarrollo es desde esta visión apreciada, o mejor decidida, en función del cumplimiento por parte del Estado de su deber de responsabilidad en materia de justicia, de democracia y de derechos humanos. La *legitimidad democrática* parece desde este momento inscrita entre los criterios de concesión de la ayuda pública internacional. Estos diversos condicionamientos, los últimos en el tiempo, los de la “buena gobernanza” y los “documen-

⁶ La Cumbre del Milenio también tuvo como base “El Programa de desarrollo para el Siglo XXI” propuesto en 1995 por la OCDE.

tos de estrategias para la reducción de la pobreza”, se constituyen en testigos privilegiados del paso, aparentemente irreversible, de la ideología del desarrollo que animó el debate sobre el NOEI, cuyo centro de gravedad era el Estado, hacia la ideología de la democracia, cuyo centro de gravedad es el individuo. También, se considera que es la democracia la que llevará al desarrollo y no a la inversa” (Bedjaoui, 2008: 174).

Varias críticas también se ciernen sobre la dimensión que vino tomando el desarrollo, pero que en últimas iban limitando el concepto que comenzó siendo una forma de establecer una estructura económica equilibrada para el mundo, que trató de consolidarse como un derecho humano y que ahora era un instrumento más del sistema internacional vigente, pero no determinante del mismo, siendo, de otro lado, cada vez más limitado a los problemas de pobreza y más ligado al liberalismo económico.

El desarrollo y los derechos humanos en el Siglo XXI

El sistema de las Naciones Unidas, en este siglo continúa viendo los problemas del desarrollo a través del prisma del desarrollo humano y sostenible que se fue construyendo en la década anterior. En esta perspectiva, el desarrollo involucra entonces las preocupaciones de derechos humanos, pero no se considera un tema de derechos humanos y tiene una visión más económica, que también busca ser más práctica y medible.

Se han combinado entonces los dos discursos. De un lado, el del desarrollo humano y sostenible que, como lo hemos señalado, surgió ante la necesidad de “humanizar” el desarrollo visto desde la perspectiva económica liberal de la segunda mitad de la década de los 80 y durante los 90, y de otro lado, el del derecho al desarrollo como derecho humano. Los dos han tratado de ser integrados mediante la identificación de puntos y necesidades comunes, pero siguen siendo objeto de instancias e instrumentos diversos y no siempre coordinados.

En el inicio de este siglo varios movimientos confluyeron hacia la necesidad de dar un viraje radical en la economía y el comercio mundiales, que atendiera a las necesidades de desarrollo. Como lo vimos en el primer capítulo, fue en estos años en que se vieron los

efectos negativos de las medidas de liberalización impuestas por el Banco Mundial y el Fondo Monetario internacional, desde el ámbito económico, político y jurídico comenzó a hablarse de la muerte del “Consenso de Washington”⁷ y a explorarse nuevos caminos que han encontrado resistencia, pero que se evidencian cada vez más como necesarios.

De otro lado, en materia de desarrollo humano y social, la preocupación por la pobreza y por las necesidades urgentes en el planeta comenzando el nuevo siglo, llevaron a la Organización de las Naciones Unidas a trabajar en la convocatoria mundial para la adopción de los “Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)”, que tuvieron origen en la “Declaración del Milenio” (Asamblea General, 1997), en la cual se abordaron diversos aspectos del desarrollo y la manera en que la comunidad internacional debe trabajar por lograr su realización.

En la Declaración del Milenio se adoptan como “valores y principios” los de respetar y defender los principios de dignidad humana, la igualdad y la equidad en el plano mundial, con especial atención en los más vulnerables. El respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales y la cooperación internacional para resolver los problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario. La distribución más igualitaria de los beneficios y los costos de la mundialización⁸.

Así mismo, se establecen como valores fundamentales para abordar la realización del desarrollo los siguientes: la libertad, la igualdad, la solidaridad, la tolerancia, el respeto de la naturaleza y la responsabilidad común. La preocupación por el desarrollo y por la protección del derecho al desarrollo como compendio de los derechos humanos está presente y se identifica como una necesidad para combatir la pobreza y lograr que las Naciones Unidas cumplan con su objetivo de ser garante de la paz justa y duradera, pero no se manifiestan en resultados concretos. En términos de Philip Alston “Los derechos hu-

⁷ Y así es declarado por el Director del Banco Mundial James Wolfenshon en la Conferencia sobre la Reducción de la Pobreza realizada en Shanghai en 2004. Ver: www.infoworldbank.org/etools/docs/reducingpoverty/doc/134/file/JDWS-hangaiOpening.pdf.

⁸ Declaración del Milenio. I. Valores y Principios. Num.

manos y estos objetivos son como barcos que se cruzan en la noche” (Consejo Económico y Social, 2005: 13).

Haciendo un balance de la Declaración del Milenio y de los ODM podemos afirmar que coinciden en varios aspectos con el trabajo realizado por las Naciones Unidas desde la década de los 60 en materia de derecho del desarrollo. En primer término porque es el resultado de la labor realizada por la Asamblea General, órgano políticamente más representativo y formalmente democrático de las Naciones Unidas. De otro lado, se encuentran plasmados los acuerdos en instrumentos no obligatorios desde la perspectiva del derecho internacional formal (declaraciones, resoluciones, recomendaciones, etc.). El tema de los derechos humanos está involucrado pero no es el objetivo concreto.

Como particularidades pueden identificarse la cuantificación de las metas, las formas de hacer seguimiento y los términos concretos en que están planteadas estas metas dentro de los objetivos. Al respecto es necesario afirmar que los países en el mundo se comprometieron sin reservas a trabajar por estos objetivos, con resultados por supuesto, muy disímiles y evidenciando carencias particulares en materia de las sostenibilidad humana y ambiental.

Así, transcurridos un par de años desde el punto propuesto para medir el impacto de los ODM, la llamada “agenda post 2015”, se pasa de hablar de los Objetivos de Desarrollo del Milenio ODM a los Objetivos de Desarrollo Sostenible ODS, de cuya implementación y seguimiento, surgen varios elementos de reflexión a partir de varias observaciones sobre la materia, provenientes de contextos geográficos distintos como los estudios sobre el desarrollo en África (D’Alessandro, 2017), los análisis sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales y los países desarrollados en la consecución de los ODM (Bexell, Jonsson, 2017) y los estudios críticos sobre cooperación y desarrollo (Michalopoulos, 2017): La necesidad de generar una mayor responsabilidad de los actores de la sociedad internacional para la consecución de los ODS, que contrasta con la evidencia de que al enfocar las acciones para mitigar las amenazas como los desastres ambientales, la deuda o la pobreza, pueden estar desarrollando una noción de “causalidad” entre estos fenómenos y las necesidad globales, que reduzca la responsabilidad de los grandes actores del sistema económico y de la sociedad internacional.

A manera de conclusión, podemos afirmar que en lo que llevamos de este Siglo, la agenda de la relación entre desarrollo y derechos humanos ha sido determinada por la visión del desarrollo humano y sostenible, consagrado en declaraciones y en algunos objetivos que han incorporado las preocupaciones más urgentes en los ODM y los ODS. No obstante, como lo hemos venido sosteniendo, esta visión del desarrollo ha sido limitada y si bien ha tenido como objetivo el mejoramiento en el respeto de los derechos humanos no da una opción integral frente a los problemas y las estructuras para el desarrollo. En últimas, el sistema internacional del desarrollo ha pasado de pensar en grandes cambios como la instauración de un Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI) y el reconocimiento del Derecho al Desarrollo como un derecho comprensivo y autónomo, a plantear Objetivos medibles pero no obligatorios, tendientes a evitar que tantas personas mueran de enfermedad, de malnutrición o por la guerra en el mundo. Propósitos necesarios e importantes, pero que distan mucho de la concepción original de la interdependencia de los derechos humanos y del derecho al desarrollo.

El valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Su aporte a la construcción de sociedades inclusivas

Lorena González Pinto¹

Hace 70 años, el 10 de diciembre de 1948, se aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH). Este documento ha servido de base para el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ha sido una fuente de inspiración para la aprobación de tratados cada vez más especializados, así como para la interpretación de los alcances de los derechos humanos, que realizan los organismos especializados en la materia, tanto en el ámbito internacional como regional.

También en el ámbito interno, los Estados no han sido indiferentes al contenido y alcances de esta Declaración. En los últimos años las transformaciones que dieron origen al nuevo orden internacional, han influido para el surgimiento de un nuevo constitucionalismo, que evidencia el impacto de la internacionalización de los derechos humanos. Así vemos que en la Constitución Argentina (1994), en su artículo 75 inciso 22, enumera algunos instrumentos internacionales de derechos humanos dándoles rango constitucional, entre ellos la DUDH. Esta técnica parlamentaria también fue utilizada por los constituyentes nicaragüenses quienes en el artículo 46 de la Constitución de Nicaragua (1987), dieron rango constitucional, a los derechos reconocidos en algunos instrumentos internacionales incluyéndose, entre otros la DUDH.

A pesar de los avances en el ámbito normativo y jurisprudencial internacional y los reconocimientos constitucionales en el ámbito interno, aún no hay un acuerdo sobre el valor jurídico de la DUDH.

¹ Abogada guatemalteca-costarricense, con Máster en Derechos Humanos. Coordinadora de la Cátedra UNESCO de Derechos Humanos ULaSalle-CEDE (Costa Rica). Vicepresidenta del Subcomité para la Prevención de la Tortura de la ONU.

Existen diferentes posiciones en torno a su valor jurídico (Acosta-López, Duque-Vallejo, 2008). Algunas personas sostienen que dicho instrumento tiene un carácter vinculante, en otros casos se le considera como una norma consuetudinaria. También hay quienes no reconocen ninguna fuerza vinculante y consideran que la Declaración es una mera resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, esta posición haría que la Declaración se convierta en un instrumento de *soft law*.

Este ensayo pretende hacer una argumentación diferente y demostrar que DUDH, ha logrado, de manera jurídicamente comprobada, un reconocimiento internacional, incluso algunas de sus normas pueden ser consideradas como del *ius cogens*.

El punto de partida de este análisis está en comprender el contexto de cómo se redacta y aprueba la Declaración para luego analizar el contenido y desarrollo de este importante instrumento internacional.

La idea inicial, para lograr una adecuada protección internacional de los derechos humanos, fue que se trabajaran simultáneamente tres instrumentos internacionales: una Declaración, en segundo lugar, un Pacto de Derechos Humanos y, por último, una serie de medidas para hacer efectivos los derechos reconocidos en la declaración y el pacto.

Sin embargo, no había en ese momento, la voluntad política de los Estados para comprometerse internacionalmente al cumplimiento de estos derechos y aún existía la duda, sobre si la creación de mecanismos internacionales de protección, no se contraponían al principio de soberanía de los Estados, por ello se decidió trabajar únicamente en la Declaración.

El primer borrador de la Declaración fue propuesto en septiembre de 1948 a la Asamblea General de la ONU, allí, más de 50 Estados participaron en la redacción final. Después de un cuidadoso escrutinio y más de 1.400 votaciones alrededor de cada una de las cláusulas, finalmente, el 10 de diciembre de 1948 en París, la Asamblea General adoptó con 48 votos a favor, ningún voto en contra y 8 abstenciones²

² República Socialista Soviética de Bielorusia; Checoslovaquia; Polonia; Yugoslavia; República Socialista Soviética de Ucrania; la Unión Soviética; la Unión Sudafricana y Arabia Saudí.

los 30 artículos que conforman la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Este recorrido histórico es importante, pues nos muestra la participación activa de todos los Estados parte de la ONU, y como esta declaración no es el producto de una visión eminentemente occidental, como lo quieren señalar algunos de sus detractores.

Analizando el contenido de la Declaración, podemos concluir que sigue teniendo vigencia en nuestros días, ya que de manera visionaria: a) basa los derechos humanos en la dignidad de las personas b) incluye una visión integral de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; c) señala la necesidad de un nuevo orden social e internacional que permita el disfrute de los derechos allí reconocidos; d) incluye los principios de igualdad y no discriminación; e) inicia el largo proceso de visibilidad y especificidad de los derechos de las mujeres; y f) señala los vínculos entre el individuo y la sociedad y los deberes que toda persona tiene frente a los demás.

Respecto a la integralidad de los derechos humanos, la Declaración se encuentra cimentada en cuatro áreas fundamentales y de igual importancia, y que de acuerdo a René Cassin (1951), son las siguientes: la primera de ellas la constituyen los derechos y libertades de orden personal (reconocidos del art. 3 a 11); la segunda, por los derechos de las personas en relación con los grupos de los que forma parte (reconocidos del art. 12 a 17); la tercera la constituyen los derechos políticos (reconocidos del art. 18 a 21), mientras que la última se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales (reconocidos del art. 22 a 27). Es decir, este reconocimiento expreso de los derechos humanos tanto los civiles y políticos; y los económicos, sociales y culturales reafirma el principio que los derechos fundamentales son *indivisibles e interdependientes*.

El valor jurídico que se ha dado a la Declaración ha sido por medio de: a) considerarlo un instrumento vinculante, por *vía indirecta*; b) incorporándola al *Derecho Internacional Consuetudinario*; c) reconociéndola como derecho del *ius cogens*.

El reconocimiento de que la Declaración tiene valor vinculante por la vía indirecta, se basa en que la Carta constitutiva de la ONU, que es de obligatorio cumplimiento, reconoce expresamente los derechos humanos. Efectivamente la Carta, hace referencia a los derechos hu-

manos en seis oportunidades, y cabe destacar que en el artículo 55 establece, que la Organización promoverá el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, sin discriminación. Entenderemos pues que la Declaración lo que hace es interpretar de manera sustancial los alcances de estos derechos, es decir que su fuerza jurídica la adquiere en virtud de la incorporación implícita en la Carta de la ONU.

La segunda tesis que se busca desarrollar es la de la incorporación de la Declaración al *Derecho Internacional Consuetudinario*. Esta tesis tampoco es nueva, ya en 1988 el profesor Fernando Volio Jiménez expresaba (Ventura 1996), en un acto donde se conmemoraban los 40 años de la Declaración:

La moderna doctrina le atribuye a la Declaración fuerza jurídica vinculante por su propio mérito; en otras palabras, porque sus disposiciones se han incorporado al Derecho Internacional Público, como la opinión generalizada de los Estados, en el sentido de que las normas de la Declaración son criterios válidos para regir su conducta en el concierto de las naciones. Sobre este punto de vista, una figura actual, en el campo de los Derechos Humanos.

Como bien cita Volio (1988), en la Proclamación de Teherán, a la Declaración se reconoció fuerza vinculante, al incluirse en el punto 2 que:

“La Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la Comunidad Internacional” (Resaltado fuera de texto).

El énfasis que se dio en la primera conferencia internacional de derechos humanos, sobre la obligatoriedad del contenido de la Declaración, no fue reiterada en la Conferencia Mundial de Viena en el año de 1993.

Sin embargo, en la Declaración y Programa de Acción de Viena sí se hace alusión a la Declaración Universal de Derechos Humanos en 9 oportunidades y se señala en su preámbulo que los Estados reafirman su adhesión a los propósitos y principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y se destaca que la Declaración es una meta común para todos

los pueblos y todas las naciones, y que es base para fijar las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

A pesar de no haberse reiterado expresamente la obligatoriedad de la DUDH, pero partiendo que la misma no es un instrumento separado de la Carta de las Naciones Unidas y que ha sido aplicada reiteradamente por la Asamblea General y los Comités especializados en derechos humanos, no hay duda de su carácter vinculante.

A primera vista, parecería que esa posición nos resuelve el problema, pero si como señalamos al inicio, la Declaración contiene una amplia gama de derechos y además principios generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la pregunta es si la comunidad internacional ha dado un valor jurídico diferenciado al contenido de la Declaración.

Partiremos de la concepción que en el reconocimiento de los derechos humanos hay un “núcleo duro” de derechos que no pueden restringirse ni suspenderse bajo ninguna circunstancia, siendo estos los derechos personalísimos, como el derecho a la vida, a la integridad personal, al reconocimiento de la personalidad jurídica, prohibición de esclavitud y servidumbre, al nombre, libertad religiosa, nacionalidad, entre otros. Así para Carrillo Salcedo (2001), criterio que compartimos, la comunidad internacional ha dado carácter obligatorio de las disposiciones de la DUDH, específicamente lo relacionado con el “núcleo duro” de derechos humanos.

Finalmente y tal vez el desarrollo más importante en los últimos años, es el valor de *ius cogens* que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha dado a los principios contenidos en la Declaración, lo que los hace exigibles a todas las naciones, sin admitir ningún tipo de excepción o derogación.

Para no caer en la *banalización* del concepto, para que una norma sea declarada como norma de *ius cogens*, deben cumplir con ciertas características, ya que de no ser así antes de ayudar a los objetivos de la universalización, generaría la pérdida de su esencia e importancia. Para enumerar las características de las normas de *ius cogens*, tomaremos como base el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados:

- a) Pertenecen al derecho internacional.
- b) Son aceptadas y reconocidas por toda la Comunidad Internacional, como normas que no admiten acuerdo en contrario, es decir, se trata de normas *inderogables*.
- c) Sólo pueden ser modificadas por normas del mismo carácter.

En ese sentido podemos afirmar que los principios que son pilares de la DUDH: *el principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación*, han sido elevados por la comunidad internacional a normas de *ius cogens*, por tratarse de principios fundamentales en el sistema tutelar de los derechos humanos. Estos principios fueron promulgados por primera vez en la DUDH y posteriormente consagrados en varios instrumentos internacionales y desarrollados por la doctrina y jurisprudencia internacionales.

Así la Corte IDH en la primera sentencia (Yatama, 2005) en que reconoció que estos principios ingresaron al dominio del *ius cogens*, estableció que sobre ellos descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico. Señalando que poseen un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno; se trata de un principio de derecho imperativo. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable.

Por todo lo anterior, podemos concluir que la Declaración no es una carta o código de principios, ya que sus normas han adquirido un carácter vinculante y se ha reconocido su obligatoriedad, por medio de: a) el desarrollo doctrinal; b) desarrollo jurisprudencial en el ámbito interno e internacional; c) por su incorporación expresa en ordenamientos jurídicos nacionales y en tratados internacionales; y lo más importante es que sus principios fundamentales, de igualdad y no discriminación han entrado al campo del *ius cogens*.

Sobre el nuevo orden social e internacional, que debe existir para que los derechos y libertades proclamados en la Declaración se hagan

plenamente efectivos, se encuentra regulado en el artículo 28, y para algunos este artículo es el origen de lo que en los años 70 se denominó el *Enfoque Estructural de los Derechos Humanos*. Es decir que estructuras políticas, sociales, económicas, culturales, religiosas entre otras, en el ámbito interno de los Estados y la estructura internacional por medio de sus organismos internacionales o regionales deben garantizar el efectivo disfrute de los derechos humanos.

Comprendiendo que la *especificidad* que debe darse al reconocimiento de derechos de grupos históricamente discriminados, como los pueblos indígenas, las mujeres, las personas privadas de libertad, los migrantes entre otros, es necesaria para realizar el ideal abstracto de la universalidad de los derechos.

Reconociendo y aceptando esta *especificidad* es como se harán efectivos los principios de igualdad y no discriminación a los que nos referíamos anteriormente, ya que no basta con el reconocimiento de normativa internacional y nacional en abstracto que no tome en cuenta las especificidades, ya que lo que realmente se debe alcanzar es la igualdad real que apunte a la transformación social que permita el desarrollo de democracias inclusivas.

Algunas divagaciones sobre el derecho humano a la Ciencia. A propósito de una conferencia de Mikel Mancisidor

Luis Acebal Monfort¹

El amigo Mikel es miembro del Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). Este importante organismo vigila el mejor o peor cumplimiento de este Tratado por los Estados que lo han ratificado. También publica periódicas “observaciones generales” sobre la interpretación práctica de uno u otro punto de su articulado. Pues bien, Mikel Mancisidor ha recibido del Comité el encargo de preparar el texto de base, primer borrador de una futura observación general sobre el Derecho Humano a la Ciencia, que nunca hasta hoy ha sido objeto de observación del Comité. Nuestro conferenciante es, pues, “ponente” en la preparación de un nuevo documento internacional. Esto sitúa el contexto de la conferencia que aquí se comenta, pronunciada en Madrid el 12 de febrero de 2018.

Un primer acierto: la conferencia se inicia con el abordaje histórico de la formulación de este derecho, de sus tanteos, del marco institucional internacional en que se ha situado.

Una primera cuestión: ¿Se trata del derecho humano a *realizar la actividad científica*, o solo a *disfrutar* de los resultados benéficos de la actividad científica? La visión histórica que presenta el conferenciante muestra que en el reconocimiento de este derecho se trata de lo prime-

¹ Luis Acebal Monfort, filósofo y teólogo, ha sido delegado ante organismos internacionales, ante la Oficina de Derechos Humanos del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, y ante la Comisión de Libertades Informáticas; Director de un programa de formación de directivos en organización y gestión de la innovación; Director de una ONG de asesoramiento para pymes a cargo de profesionales voluntarios jubilados; y directivo de la Asociación Pro Derechos Humanos de España (APDHE), de la que ha sido Vicepresidente y Secretario General.

ro. Lo segundo, obviamente, es un aspecto menor y obviamente viene incluido en lo primero.

Y ahora un interrogante: ¿Se piensa ante todo en las ciencias de la naturaleza? ¿O también en toda investigación científica dirigida a la generación de nuevo conocimiento humano? La conferencia opta por lo segundo, no sin cierto vaivén. Estas divagaciones considerarán ambas perspectivas a la vez, entendiendo, pues, la ciencia en su acepción más amplia.

I

Aspectos educativos: haber tenido contacto con el clima universitario centroeuropeo (básicamente germano-belga, sobre todo el primero), y haber vivido luego el ambiente español, refuerza una sensación de contraste. En la primera perspectiva el estudiante se forma realizando progresivas investigaciones, encadenadas dentro de la rama científica que presta su identidad a la Facultad correspondiente. En la segunda perspectiva predomina la repetición de los temas y enfoques que aporta el profesorado. El éxito viene dado por la conformidad con lo dicho, a veces expresada mediante una clave de respuestas supuestamente únicas exactas². La superior proporción de tal coincidencia se calcula en una “nota” calificativa del ejercicio. El manejar bibliografía convergente o divergente se anuncia, pero apenas se comprueba o exige.

Los ciudadanos necesitan haber aprendido *metodología científica*: qué es una hipótesis de trabajo, qué requisitos debe cumplir para for-

² Problema de la “conformidad”: los *exámenes-cuestionario*, en ellos, para una pregunta hay que elegir una sola correcta entre varias respuestas posibles. Aportan economía de tiempo y energía para el que corrige. Es adecuado si se prueba una normativa, v.gr. el examen teórico del carné de conducir; pero es menos adecuado para otros temas. En un aprendizaje de lengua extranjera, cabe esta “receta” de un estudiante: “adjudicar a los sustantivos alemanes el artículo masculino o femenino opuesto a su equivalente español, y salpicar artículos neutros de cuando en cuando”; el truco asegura nota de 6 sobre 10, sin estudiar). Pero la cosa cambia en casos donde las “respuestas alternativas” traslucen una comprensión confusa de la materia. Ahí el más brillante alumno no responderá, porque “depende de...”.

mularla, cómo verificarla o descartarla. El aprendizaje debe ejercitarse en esta disciplina. Y lo que recordará tiempo después es lo que haya investigado en persona y mucho menos lo que haya memorizado.

El lugar de aprendizaje de lo que es la ciencia está en la Universidad. Pero de las enseñanzas anteriores tiene que proceder una experiencia previa y positiva de la actividad investigadora. En ciertos lugares esta perspectiva ha ido inclinándose a la “enseñanza por proyectos”. Ciertamente será obra de educadores o profesores capaces de elegir qué proyectos, además de ser atractivos, tienen carácter suficientemente nodular para garantizar que los alumnos, excitada su curiosidad, saldrán relativamente bien formados sobre el meollo de una determinada ciencia. Ya hay en España un *blog*, titulado “Escuelas en red”³, que presenta casos significativos en esta perspectiva, ya previos a los niveles universitarios.

Desde los años veinte del siglo pasado el aprendizaje basado en proyectos se empleaba en la *Institución Libre de Enseñanza*. Esta fue arrasada en 1936 por el decreto de “creación de las comisiones de depuración” de docentes, aplicado desde una “circular a los vocales” de dichas comisiones, documento que mencionaba explícitamente a la dicha Institución⁴.

Tras 40 años de dictadura la primera tarea era reconstruir mínimamente el sistema educativo. Lógicamente el mayor esfuerzo exigía hacerlo obligatorio y universal, sin poder detenerse en demasiadas piroetas metodológicas y sin mucho margen para “reformular” un profesorado masivamente formado en la dictadura. Conectar con experiencias históricas, de por sí bastante minoritarias, de educación abierta a proyectos e investigación, exigía otro cambio profundo en todo el sistema y sus personajes. Y como no hay cambio verdadero que pueda ser rápido, hay que concluir que esta afición emotiva y sentida a la

³ https://elpais.com/agr/escuelas_en_red/a

⁴ “... Los individuos que integran esas hordas revolucionarias, cuyos desmanes tanto impacto causan, son sencillamente los hijos espirituales de los catedráticos y profesores que, a través de instituciones como la llamada “Libre de Enseñanza”, forjaron generaciones incrédulas y anárquicas...”. Es copia literal, de la dicha “circular”, de firmante conocido. Muchos se exilaron, o se aislaron, otros fueron ejecutados.

investigación aún tiene tela cortada para implantarse en serio dentro del actual marco educativo español en sus diversos niveles.

Este derecho a la ciencia adquirido por la vía de haber disfrutado catándola conecta directamente con los nuevos adelantos en neurociencia. Ellos abren perspectivas sobre emoción, sentimiento y placer que deben ir de la mano en el aprendizaje educativo, y sobre el sano estímulo de la curiosidad como motor del gusto por el saber, el hallazgo de la prueba como éxito y la satisfacción por el avance crítico⁵.

II

Aspectos tecnológicos: Salimos del bachillerato y podemos encontrar que la ciencia pura logra conocimientos sin duda emparentados con la investigación tecnológica. La relación se va estrechando. Cada vez es más tenue y a veces dudosa la frontera entre el científico puro y el tecnólogo. Ambos practican experimentación. Un día se pudo suponer que primero era la ciencia básica y la sucedía luego la aplicada, donde se ubicaba la tecnología. Hubo hasta polémicas entre defensores de una de ellas frente a la otra. Más modernamente las necesidades concretas del mercado plantean desafíos tecnológicos que fuerzan la posterior realización de investigaciones científicas “básicas”. Por otro lado, hay resultados de ciencia básica, muy particularmente en el campo de la biología, que son directamente aplicables (y patentables, que pueden entrar directamente en el mercado, con casos típicos en biología). A la vista de estos cambios el derecho a la ciencia en el campo del conocimiento puede implicar un derecho a la tecnología ya directamente compenetrado con el derecho humano al desarrollo tanto económico como social. Esta otra divagación conduce a emparentar ciencia y tecnología más estrechamente que en pasados convencionalismos. Aparece además la innovación que inserta los resultados en el plano económico. Y, hablando del desarrollo humano, se supera la actual moda (mantra) del mero crecimiento como referencia mágica.

⁵ Interesante el libro en castellano de Francisco MORA, titulado “*Neuroeducación, solo se puede aprender aquello que se ama*”. Alianza Ensayo, Madrid, 2017.

III

Aspectos jurídicos (o más específicamente procesales): Los sucesivos relatores de las Naciones Unidas que han visitado España, o el Tribunal Europeo, y algunos Comités (como el CAT), han ido coincidiendo en condenar a la justicia española por incumplimientos del “deber de investigar”. ¿Enseñan a investigar las Facultades de Derecho? ¿O enseñan a dominar el texto material de las leyes “vengan de donde vengan”? (El entrecomillado merecería capítulo sobre vicios tradicionales, arrastres históricos, miedo a ser justo, adoración al “mando”, etc.).

Hay un concepto fundamental en el derecho procesal: el “indicio”. Los indicios son ya objeto de una primera valoración tentativa. Algo paralelo a los primeros supuestos que se consideran o no aptos para justificar la formulación de una hipótesis de trabajo para la investigación científica o tecnológica. ¿Hay diferencias sustanciales entre unos y otros supuestos pendientes de verificación? Sin duda. Ciertamente variará el procedimiento según se trate un indicio penal o un supuesto científico. Pero el proceso lógico puede contener similitudes y los pasos que exige el método se sitúan en el corazón del proceso crítico. La cuestión se refuerza cuando el trámite jurídico procesal se interpenetra con el policial: ¿no viene a cuento el derecho a la ciencia de la fiscalía, la policía judicial, la medicina forense? No digamos si la policía judicial se vincula a la vez a un juez independiente y a un fiscal dependiente del Ejecutivo.

“Investigación” es, pues, un concepto que se aplica a la tarea fiscal o policial. Efectivamente la investigación penal recorre sus pasos a través de indicios, hipótesis de trabajo, y eventual prueba positiva o negativa. Observa, pues, un método científico. Y el aspecto científico de esta investigación exige un cuidado crítico especial. La búsqueda tiene que independizarse de todo prejuicio social o político que introduzca gérmenes viciosos en el laboratorio. Exige además una conquistada independencia de ataduras orgánicas o funcionales, cuando un departamento termina de algún modo dependiendo de distintos poderes.

IV

Aspectos históricos: La ciencia histórica no debería dispensarse de las exigencias científicas, a cuyo uso tiene el derecho que nos ocupa, por difícil o caro que le resulte. Como ciencia se debe a la continua siempre renovada conquista de conocimiento de lo sucedido y sus causas. La ciencia histórica tiene enorme complejidad: implica comprensión filológica y antropológica de las fuentes, evaluación de su fiabilidad, análisis crítico de contextos e intereses que han afectado a los hechos y también a las evaluaciones de ellos y de su significado. Necesita, pues, sopesar la capacidad de anteriores historiadores para aplicarse a la comprensión de las citadas fuentes⁶. Y debe descontar los excesos que hayan gravado las tareas pasadas de la historia para utilizarla en el presente como empresa legitimadora (de qué y por qué).

La ciencia histórica no muere, no se puede acabar. Solo asintóticamente se irá acercando a la realidad (política, social, económica, jurídica, etc.), a sus causas y consecuencias pasadas, presentes y futuras.

Jürgen Habermas ha consagrado como principio crítico la tensión que desde el interés condiciona el conocimiento. La historia oscila entre la verdad que ha sido y la que interesa (¿A quién? ¿Cuándo?) que hubiera sucedido⁷.

¿Debe deducirse que la cientificidad de la historia está condenada para siempre? ¿Habría que prescindir ya de todo supuesto derecho a la ciencia histórica? Desde luego que no. En cambio, conviene reservarse un derecho a la duda, que no excluye toda certeza, pero sí obliga a protegerse de su frecuente fragilidad, a perseguir la sospecha de que una nueva fuente aparezca y todo lo pueda trastocar.

Estas dificultades explican la existencia de campos donde la historia es radicalmente conflictiva, y aún equívoca, en el mundo actual. Suelen coincidir con la búsqueda legitimación histórica de intereses

⁶ Parece que los historiadores antiguos acostumbraban a contar sobre todo lo que sucedía en su tiempo. Roma vista por *Tácito* sería un ejemplo. Diferente el analizarla vista por *Mommsen*, tras haber pasado por *Gibbon*. Resultan "Romans" de hecho distintas, y científicamente válidas en el flur histórico.

⁷ HABERMAS, Jürgen, *Conocimiento e interés*. Taurus, 1992.

creados. En particular es posible agruparlos en dos grupos principales:

Historia sociopolítica y aún identitaria: Contiene relatos que interesa mantener, poco importa por qué razón⁸. En estos campos de la historia y las historias existe un fenómeno bastante particular: el de los denominados “negacionismos”, que se obstinan en rechazar datos históricos científicamente apoyados. Rechazan como inexistentes determinados genocidios u otros amplios conceptos científicamente apoyados, como la evolución o el *cambio climático*. Conjugan sentimientos viscerales de carácter nacionalista, etnicista, incluso racista, y en otros casos, como en el negacionismo del cambio climático, asumen intereses económicos carentes de visión responsable a medio y largo plazo, mientras que a las inmediatas se aprovechan de los deterioros de la naturaleza y de la biodiversidad.

Historia de las religiones: Concurren aquí las sucesivas revisiones de la interpretación científica de textos históricos originales de distintas religiones. El análisis rigurosamente técnico del sentido textual tiende a colisionar con la vivencia del sentido de la vida que durante generaciones religiosas ha presidido conciencias y prácticas (morales y/o rituales). A partir de los años 60 del siglo XX los avances en el conocimiento lingüístico y antropológico de la antigüedad han permitido la aplicación de metodologías sucesivas, bautizadas todas con terminología germánica. Simplificando, destacan dos principales: la “historia de las formas” y a continuación la “historia de la redacción”⁹. La otra vertiente de estas aproximaciones científicas mo-

⁸ A título de ejemplo facilón, tengo a mano cuatro libros, todos escritos por autores respetados, todos de título similar, aunque su contenido ofrece diferencias notables: JUDERÍAS, Julián, *La Leyenda Negra*. Estudios acerca del concepto de España en el extranjero. Ed. Junta de Castilla y León, Salamanca, 2003; VILLANUEVA, Jesús, *Leyenda negra*. Una polémica nacionalista en la España del siglo XX. Ed. Catarata, 2011. GARCÍA CÁRCEL, Ricardo-MATEO BRETOS, Lourdes, *La leyenda negra*. Ed. Anaya, Madrid, 1990. PÉREZ, Joseph, *La leyenda negra*. Ed. GADIR, Madrid, 2017.

⁹ Respectivamente *Formgeschichte* y *Redaktionsgeschichte*. Tras la 2ª guerra mundial había aparecido la temática de los géneros literarios y la denominada “desmitologización” mezclada todavía con elementos de teología protestante y de filosofía existencial. Una muy breve presentación de esta revisión científica en el capítulo 7 de PIÑERO, Antonio, *Guía para entender el Nuevo Testamento*.

dernas se sitúa en el desarrollo actual de la *antropología y sociología crítica* de las religiones. También dentro de estas aparecen modernos “negacionismos” entre los que destaca el “creacionismo” domiciliado en Norteamérica y sus zonas de influencia. Hasta aquí sobre las fuentes cristianas.

Cabe en todo caso recordar que el conflicto con la ciencia como instrumento de interpretación de mensajes religiosos se concentra en los tres monoteísmos, donde tendencias fundamentalistas, integristas o ultraortodoxas se resisten a la ciencia, llegando hasta extremos de agresividad. Sin embargo, al lado de las citadas tendencias, dentro del judaísmo por ejemplo, aparecen ya obras científicas que arrojan nueva luz sobre puntos supuestamente aceptados de modo universal¹⁰.

Ante estos problemas importa que el historiador refiera sus fuentes (como el sociólogo la metodología de un sondeo). Y asimismo es preciso que los diversos creyentes respeten y distingan claramente el objeto de su creencia de los rigores críticos con los que la ciencia avanza. Hay cada día, todavía, algún Galileo que afronta la condena. Y tampoco es fácil que el científico sepa ponerse en los zapatos subjetivos de un creyente para entender con respetuosa frialdad lo que el sentimiento religioso puede objetivamente significar.

V

¿De qué ciencia se trata por fin en la formulación de este derecho?, en diversas afirmaciones del conferenciante se manifiesta la aplica-

Ed. Trotta, Madrid, 2006, pp. 135-148. Estas corrientes científicas afectan sobre todo a los ámbitos protestantes y católicos.

¹⁰ Véanse en castellano obras como FINKELSTEIN, Israel y SILBERMAN, Neil Asher, *La Biblia desenterrada*. Ed. Siglo veintiuno de España, Madrid, 2001. Finkelstein fue director del Instituto de Arqueología de la Universidad de Tel Aviv; Silverman, director de Instituto histórico arqueológico en Bruselas. Sus obras confirman datos previamente adquiridos por el egiptólogo alemán Jan Assmann, según los que han comprobado la inexistencia histórica del relato bíblico del Éxodo. Aunque estos adelantos científicos están mucho menos desarrollados en el Islam, es obligado mencionar algunos ya clásicos avances de su hermenéutica entre los que brillan algunos nombres como el de “nuestro” Averroes.

ción a todas las ciencias, también las sociales y humanidades. Pero da cierta impresión de que por hipótesis se concentraría más el análisis en las ciencias de la naturaleza. Quizá sea porque estas disfrutan de un mayor prestigio en materia de “exactitud”. Digo prestigio, no necesaria exactitud real. La historia de la ciencia “pura” es un perpetuo sucederse de benéficas liquidaciones y derribos de supuestos dogmas científicos preexistentes. Por otro lado las ciencias menos “exactas”, referidas básicamente al conocimiento de los comportamientos humanos, suelen estar desprovistas de ese “prestigio” concedido a las primeras.

La sociología de la ciencia ha ido constatando la dificultad con que los grupos científicos a veces rechazan la aceptación de novedades sobre el campo mismo en que ellos se consideran poseedores de la última palabra. Raro es un gran descubridor que no haya tenido que luchar frente a algunos profesionales ya consagrados sobre la misma materia.

Si se considera el método científico en sí mismo, no es fácil negar que unas y otras disciplinas avanzan a través de la legitimación de hipótesis de trabajo (fase científica muy delicada, donde es bien fácil tropezar), y de la experimentación y pruebas de verificación o falsación total o parcial de las hipótesis, y de la inserción del nuevo conocimiento en el activo, modificado, de la disciplina en cuestión. Ahora bien, entendido tan ampliamente, este “derecho a la ciencia” quizá quedara mejor vestido como “derecho a la investigación científica”.

La investigación científica es el movimiento vivo de la ciencia. Thomas Kuhn ha marcado decisivamente la historia de la ciencia (y también la psico-sociología del desarrollo científico). Su teoría de la sucesión de paradigmas científicos ha hecho historia¹¹. Ya no se trata simplemente de anecdotarios fáciles en torno a Copérnico, Galileo, Einstein o Heisenberg. Es en todo el aparato de la ciencia más pura donde ocurren las verdaderas revoluciones que introducen cambios radicales, sucesión de “paradigmas” científicos, que son “realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo,

¹¹ En castellano: KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1972.

proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica”¹².

Una digresión: Está bien estudiado el revolucionario cambio que permitió transportar a la gestión financiera la aplicación de algoritmos de uso habitual por los militares estadounidenses dedicados al control del enemigo, cuando un gran grupo de científicos altamente especializados y retribuidos se vieron “despedidos” de sus empleos militares al acabar la guerra fría. Entonces alguien ideó que sus conocimientos podían desplazarse para optimizar la gestión del dinero en y desde Wall Street. Puede uno preguntarse si representa un nuevo “paradigma” ese trasplante de conocimientos, desde el análisis de un enemigo que solo piensa en sí, desde la pantalla de radar que observa cada punto que se aproxima en el espacio, hasta el manejo de nuevas alternativas del ser humano individual movido por su interés financiero y bursátil. A este ser, subliminalmente educado para el egoísmo, el nuevo “monstruo” tiene que darle precocinada cada decisión donde busque su incesante interés¹³.

Yendo más adelante el desarrollo de modernísimas aplicaciones de comercialización de millones de datos de clientes quizá represente otro nuevo paradigma. En ambos casos, el derecho humano a la ciencia ¿se referirá más bien “a la ciencia útil al servicio de la humanidad”? ¿O también a la creación de *ciberinstrumentos* de dominio a costa de la personalidad libre y privada de millones de humanos convertidos en objetos de negocio?

Ante estos dos últimos casos de aplicación bursátil globalizada, o de capacidad de venta de los usuarios a través de sus datos, íntimos o no, puede uno pensar que estas aplicaciones de las ciencias puras y exactas son las que generan productos más universalmente abarcables desde el derecho de propiedad.

Habrà que distinguir entre el monopolio de explotación de una patente o algoritmo, y la propiedad (también intelectual, aunque menos significativa) de un libro de historia, aunque sea un *best-seller*. En eso

¹² Definición del propio Kuhn. Importante la palabra “problemas”, a veces lo más difícil es plantearlos.

¹³ Véase detallado el “monstruo” en este proceso: SCHIRRMACHER, Frank, Ego. Ariel. Barcelona, 2014.

podríamos pensar que las ciencias “puras” aportan mayores atractivos económicos públicos o privados (o privatizables) que las ciencias sociales y “humanidades”. En primer lugar esta consideración da una idea para formulación y análisis e interpretación de las políticas públicas de desarrollo científico.

Pero, en segundo lugar, cuando uno se acerca a terrenos donde se roza un control global de la humanidad, ¿no aparece descolocada toda posibilidad de regulación legal de esos activos de programación virtual de la economía y la población global, por encima de los márgenes de maniobra de los Estados? No cabe la “nacionalización”, porque no hay nación que lo pueda abarcar. Después de que la UNESCO ha descubierto meritoriamente que, por ejemplo, la Mezquita de Córdoba es “Patrimonio de la Humanidad”, surge la pregunta de si determinados avances de la ciencia no tendrían que encontrar camino para ser absorbidos y regulados como “Patrimonio científico global de la Humanidad”.

¿Puede pensarse que sobre esta cuestión yace una alternativa clave del éxito o fracaso final de las Naciones Unidas?

VI

Y, hablando de las Naciones Unidas, de tan positivos pasos históricos hacia la formulación del derecho a la ciencia vuelven par mismas preguntas: ¿solo ciencia de la naturaleza, o toda ciencia? ¿Sería posible conseguir que se entienda de hecho y eficazmente con la amplitud citada, desde luego sin ambición alguna de exhaustividad, pues no en vano está uno divagando? No parece fácil. Uno presiente que tan meritoria empresa terminará, de hecho, entendiéndose para la ciencia de la naturaleza, aunque un poco retóricamente se siembren alusiones a las otras ciencias, siempre vistas por muchos como viajeras de segunda. Conservaremos el apellido para la policía científica, pero poco más. Un sello de calidad aparecería, si quienes (muy infructuosamente) defienden y promueven una “judicialización de los DESC” se atreviesen a incluir el derecho a la ciencia en sentido amplio entre sus reclamaciones. ¿Les hará falta recordar siempre que se trata del “derecho humano a la ciencia (de calidad)”? Entonces ¿quién juzgará de esa calidad? (Fin de la digresión).

y VII

Volvemos ya al inicio: ¿hay clases?: Aparece irresistible este interrogante. En el ya citado exordio histórico de esta buena conferencia asistíamos a la clarificación de si la ciencia la hacen unos cuantos y sus resultados los disfrutaban los demás. Se aclaraba que no, que el derecho es de todos: democracia y participación son inseparables de cara a la actividad científica. ¿Será retórica otra vez?

¿O es que existe verdaderamente la posibilidad de que la “masa” humana llegue en un mundo ideal (al menos en una escuela obligatoria) a conocer qué es la ciencia por el hecho de haber experimentado en carne propia el placer de alcanzar conocimiento por vía de su busca y descubrimiento experimentados? ¿Puede cualquiera participar en el placer de alcanzar un conocimiento por haber sabido encontrarlo o al menos haber sabido que ese supuesto conocimiento no era correcto, lo cual es otra manera de conocer?

¿Es la humanidad un irremediable conjunto diferenciado de élites y masa vulgar? Sobre el “derecho a la ciencia” habría que saber si se juega a legitimar la honra y gloria de una aristocracia del espíritu, o se asume el rudo desafío de que, al margen de toda retórica, se desarrollen climas sociales donde todos hayan podido experimentar cuán placenteramente se alcanzan nuevos conocimientos sobre la naturaleza y sobre la sociedad humana pasada, presente, futura. Sí, en efecto, esta era “la” pregunta: ¿será posible una verdadera democracia si en la sociedad subsisten minoría ilustrada y masa o vulgo, ambos separados entre sí?

Ante una duda tan aterradorante, me quedo en las consideraciones sobre los aspectos educativos y la educación basada en proyectos, cuando poco a poco se consiga implantarla¹⁴.

¹⁴ No puedo abandonar mi recuerdo del informe sobre un proyecto realizado en un centro educativo español. La clase entera comenzó a dedicar horas a “El jardín de las delicias” del Bosco. Se repartían los aspectos históricos, técnicos, estéticos, sociales, cromáticos... y cada uno y una aportaban sus resultados a los demás. Se fue cuajando así un resultado general, del que surgía una satisfacción colectiva generalizada. Placer de aprendizaje solidario. Hubo una creación de un nuevo centro de interés; historia del arte como disciplina globalizante. Derecho a la ciencia y un grupo que sale de la “masa”. El caso lo he encontrado en la mencionada página de “escuelas en red”.

Valor jurídico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos Actual ¿Un Oxímoron?

Manuel Alberto Restrepo Medina¹

La justificación de la pregunta formulada por el valor jurídico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH) en el derecho internacional de los derechos humanos actual y la búsqueda de una respuesta a la misma nacen de la manera en que los Estados decidieron adoptar la Declaración, al no haberse atrevido a hacerlo por medio de un tratado, seguramente por carecer de la voluntad de obligarse en relación con unos u otros de sus contenidos, sino mediante una Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

En efecto, la DUDH fue adoptada en Nueva York el 10 de diciembre de 1948 por medio de la Resolución 217 (III) de la Asamblea General de Naciones Unidas. En virtud de lo dispuesto en los artículos 10 a 17 de la Carta de Naciones Unidas, las resoluciones emanadas de la Asamblea General no son vinculantes jurídicamente para sus Estados miembros porque en su elaboración fueron rechazadas todas las propuestas para conceder a la Asamblea General la competencia para promulgar normas jurídicas obligatorias.

A pesar de lo anterior, sin tener el carácter vinculante de un tratado o a lo mejor por esta razón, sus disposiciones han sido citadas

¹ Abogado de la Universidad del Rosario. Especialista en Legislación Financiera de la Universidad de los Andes. Magister en Estudios Políticos de la Pontificia Universidad Javeriana. Magister en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario. DEA en Derecho Procesal y Doctor en Derecho de la Universidad Alfonso X el Sabio. Profesor de carrera académica y director de la escuela doctoral de la facultad de jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Investigador Senior de Colciencias. Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

o se han incluido expresamente en múltiples constituciones y leyes, y sus principios han servido como base de pactos, convenios y tratados de derechos humanos. En esa medida, la DUDH conforma, junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y sus respectivos protocolos adicionales, la Carta Internacional de Derechos Humanos.

La situación descrita en el párrafo anterior es la que ha llevado a preguntarse por el valor jurídico de la DUDH. Acosta y Duque (2008) resumen las diferentes posiciones que se han asumido al respecto de la siguiente manera:

Algunos sostienen que dicho instrumento tiene un carácter vinculante, que es una norma consuetudinaria, e incluso hay quienes lo elevan al rango de norma de ius cogens. De otro lado se encuentran los detractores que consideran que la Declaración es una mera resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas y por ello no tiene fuerza vinculante. Esta última posición traería como consecuencia que la DUDH sería simplemente un instrumento de soft law.

Tal diversidad de criterios lo que refleja en el fondo es la percepción acerca de la obligatoriedad de la Declaración, cuestión sobre la cual la Comunidad Internacional no ha podido ponerse de acuerdo, pues cuando parecía que se inclinaría por su vinculatoriedad con la Proclamación de Teherán de 1968², en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993 se señaló que la DUDH “constituye una meta común para todos los pueblos y todas las naciones, es fuente de inspiración y ha sido la base en que se han fundado las Naciones Unidas para fijar las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos”, con lo cual la Declaración no pasaría de ser un instrumento de soft law.

Si bien en su origen podría resultar claro que la Declaración no tuviera un carácter obligatorio ni vinculante, no necesariamente esa tendría que seguir siendo su naturaleza en la actualidad, en la medida

² “La Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la Comunidad Internacional”.

en que la evolución de las relaciones internacionales y del compromiso de los Estados con la normativa internacional de los derechos humanos podrían derivar en una naturaleza jurídica diferente, considerando la función que ha tenido la Declaración como referente para la adopción de diversos instrumentos convencionales sobre derechos humanos, aún si muchos Estados no respetan las obligaciones internacionales en este ámbito.

Como lo señala Ponce Martínez (2001-2002), la dificultad para establecer la naturaleza jurídica actual de la DUDH no impide reconocer su relevancia jurídica, evidenciada en su inclusión en múltiples textos constitucionales y en su aplicación por parte de jueces y tribunales nacionales, que aún sin considerar que la Declaración sea jurídicamente vinculante, la han empleado como directiva de carácter moral para interpretar tratados de derechos humanos o como elemento de contraste para interpretar las normas internas, por lo cual “en la actualidad pueda defenderse que todos o la mayoría de los derechos enunciados en la misma, forman parte del Derecho Internacional consuetudinario, lo que impide negarle obligatoriedad jurídica y, a la vez, refuerza su valor como piedra angular del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

En esta última frase quizás se encuentra la clave para aproximarse de la manera más adecuada posible al establecimiento del valor jurídico de la DUDH. La Declaración más que un todo homogéneo es la sumatoria de muchas declaraciones que versan sobre distintos derechos, respecto de cada uno de las cuales la Comunidad Internacional ha asumido distintas posiciones, que le dan un valor jurídico individual diferenciado.

Considerar a la DUDH como un único cuerpo, intangible e indivisible, la desposee del valor jurídico por el cual se indaga. En esa medida y esta sería la conclusión de la presente reflexión, preguntarse por el valor jurídico de la DUDH puede ser un oxímoron, pues se estaría tratando de asignar un valor jurídico a algo que por definición y por su propia naturaleza no lo tiene. Como Declaración —ideal común, en sus propios términos— no obliga a nada, está desprovista de fuerza jurídica y carece de mecanismos que obliguen al cumplimiento de sus contenidos.

Como lo señala Amnistía Internacional³, que la DUDH no tenga fuerza jurídica vinculante no quiere decir que su incumplimiento no importe ni afecte a la Comunidad Internacional, ya que su peso moral dentro de la misma no ha dejado de crecer con el paso del tiempo y por esto la Declaración ha operado cabalmente como una exhortación, una llamada, a la posterior elevación de sus contenidos al ámbito jurídico internacional y nacional, convirtiéndolos entonces en vinculantes.

Por ello, el verdadero valor de la DUDH en el plano jurídico se ha manifestado en que, como primer documento en la historia de la humanidad aprobado por la Comunidad Internacional, que considera a todos los seres humanos libres, iguales y con los mismos derechos, influyó decisivamente en la expedición posterior por parte de las Naciones Unidas de instrumentos vinculantes, sirvió para que también se generaran documentos regionales sobre derechos humanos y que su contenido se incorporara o al menos fuera citado o referido en las constituciones posteriores a la II Guerra Mundial.

Pero más allá de si tiene y cuál es su valor jurídico, la DUDH ha tenido una incidencia innegable para hacer evidentes las violaciones de los derechos humanos y para propiciar una conciencia universal que reclama tanto por su promoción como por su protección, que entiende que sus vulneraciones no son un asunto interno de los Estados sino algo que concierne a toda la Comunidad Internacional, que hace cada vez más difícil que esas trasgresiones que niegan la dignidad de la persona humana se sigan cometiendo impunemente.

Naturalmente que no se desconoce la triste realidad de las múltiples violaciones de los derechos humanos en todo el mundo, pero es claro que esta realidad sería peor si no se hubiera adoptado la DUDH, porque ella constituyó la fuente de la elaboración progresiva del entramado normativo de los derechos humanos, y, de esta manera ha servido para afianzar el discurso y la práctica de los derechos humanos en el conjunto de la humanidad.

³ <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/dh-sirve.html>

Pensar la Declaración para reinventar los Derechos

Manuel Eugenio Gándara Carballido¹

A 70 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se nos invita a reflexionar en torno a su alcance efectivo, sus límites y contradicciones. Dado mi ámbito de investigación, atenderé a dos de los tópicos propuestos.

El supuesto consenso en torno a un sistema de valores que habría sido alcanzado con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, nunca fue tal y la experiencia histórica se ha encargado de demostrarlo. Ello no niega la importancia de la Declaración, pero la identifica como una hoja de ruta, un horizonte de posibilidades y no como la enumeración de hechos dados. En este sentido, la universalidad de los derechos atiende a un horizonte posible (no seguro ni asegurado) a ser alcanzado; pero necesitamos preguntarnos qué tipo de universalidad queremos construir y qué caminos hemos de recorrer para llegar a ella. Por lo pronto, la universalidad de los derechos, al menos en la forma en que ha sido entendida desde el marco del Derecho Internacional es, cuanto menos, problemática; es necesario repensarla sobre una base que relea críticamente la historia concreta de los pueblos, sus culturas y necesidades, sus diferencias. El desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, independientemente de las proclamas que hace a propósito de la universalidad de los

¹ Miembro de la Red de Apoyo por la Justicia y la Paz y del Instituto Joaquín Herrera Flores. Profesor en el Programa Oficial de Máster en “Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo” de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (España). Licenciado en Filosofía por la Universidad Santa Rosa de Lima (Venezuela), con Maestría en Filosofía de la Práctica por la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela) y Máster en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo por la Universidad Pablo de Olavide (España). Doctor en Derechos Humanos y Desarrollo por la Universidad Pablo de Olavide (España). En el segundo semestre de 2017 es Profesor Visitante del Programa de Postgrado de la Universidade Estácio de Sá (Brasil).

mismos, lejos de solventar el problema, no hace más que plantearlo. Se hace necesario entonces abordar el tema siendo capaces de reconocer los aportes hechos desde el derecho positivo, pero yendo más allá de los límites que éste impone. Hacerse cargo de esta cuestión, reconocerla en su complejidad y abordarla confrontando los discursos que sirven de fondo a los planteamientos, hace parte de la tarea de un pensamiento crítico en derechos humanos.

Pensando alternativas, es importante reconocer cómo cada cultura formula sus propias formas de proteger el núcleo axiológico equivalente a lo que en el contexto occidental moderno procuramos proteger a partir de la defensa de los derechos humanos; sin embargo, no podemos presuponer la absoluta traductibilidad de sus contenidos y presupuestos. Ello no niega la necesidad y urgencia de avanzar en la construcción de espacios de diálogo (con sus consecuentes exigencias de redistribución de poder) que permitan ir definiendo acuerdos operativos que respondan a los diversos fundamentos y concepciones de lucha por la dignidad de las personas, pero sí exige la reinención de los derechos humanos de manera que éstos no sean un instrumento de colonización occidental.

El discurso de los derechos humanos, tal y como lo conocemos en el derecho internacional es una construcción de occidente de fuerte inspiración liberal, fruto de la matriz sociocultural de la modernidad, por lo que difícilmente puede pretenderse que sirva de plataforma conceptual universal. Necesitamos avanzar en la configuración de un pensamiento crítico anticolonial de los derechos humanos, que permita una formulación intercultural de los mismos.

Es amplio el debate en torno al carácter occidentalizante del discurso hegemónico sobre los derechos humanos². Por una parte, es preciso reconocer que dicha universalidad es usada en diversos procesos como una posición de lucha a favor de prácticas emancipadoras, brindando fuerza política a actores sociales que enfrentan situaciones

² Para una revisión de los argumentos sobre la hegemonía occidental presente en la narrativa de los derechos humanos y sobre las posibilidades de un uso contrahegemónico de los mismos recomendamos la lectura de GHAI, Y. *Globalização, multiculturalismo e direito*. En: *Reconhecer para libertar* (Boaventura de Sousa Santos, organizador). *Os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Porto: Afrontamento, 2004, pp. 434-436.

adversas (Lukes, 1998: 30), y convocando desde la promesa de su realización energías liberadoras necesarias para la movilización frente a múltiples formas de discriminación. (Gallardo, 2006: 13) En ese sentido, el discurso de los derechos humanos se ha convertido en bandera de lucha de múltiples movimientos populares y la renuncia al mismo representaría la pérdida de un referente simbólico y discursivo que debilitaría aún más a dichos movimientos.

Pero ello no niega la necesidad de repensar y analizar críticamente la pretendida universalidad de los derechos, intentando identificar qué elementos la convierten en factor de legitimación de prácticas contrarias a la efectiva satisfacción de necesidades e intereses por parte de las personas y pueblos a partir de sus específicas formas de concebir la vida digna. Sin negar la importancia que la narrativa de los derechos ha tenido para animar diversos procesos de lucha por condiciones de vida digna, una aproximación crítica a los derechos humanos debe llamar la atención sobre el hecho de que éstos también han servido como discurso ideológico para intervenir en la realidad a partir de los intereses de los grupos que detentan el poder y de la ideología y la cultura dominantes. Bajo la pretensión de definir “lo humano” en general, se habrían abstraído los derechos de las realidades concretas, lo que respondería a los objetivos de las ideologías hegemónicas (Herrera Flores, 2000: 247).

El pretendido universalismo de los derechos, tal y como ha sido planteado opera siguiendo una práctica de abstracción y homogeneización, propias del liberalismo: ciertos rasgos, propios de sectores dominantes son proyectados sobre la naturaleza genérica del conjunto de la humanidad, configurando un “modelo” en base al cual se evalúa y determina la condición humana del resto de los actores socio-históricos. Una experiencia parcial, lo cual se logra convertir así en marco de comprensión del conjunto de posibilidades y a partir de ella se interviene en la realidad. (Gallardo, 2000: 49/50)

Es necesario un pensamiento alternativo que respete la diversidad de nuestro mundo repensando los derechos humanos en clave intercultural; en ello, entre otras cosas, nos jugamos la propia legitimidad

cultural de los derechos (Santos, 2005: 233)³. La apuesta por una concepción intercultural de los derechos humanos, organizada a partir de la interrelación de sentidos locales mutuamente inteligibles y en permanente diálogo (Santos, 1997: 46), pretende llegar a un consenso sobre principios-valores, pero también sobre normas que protejan la dignidad humana y que tengan legitimidad cultural en los distintos contextos. Ahora bien, dichas normas han de ser pluralmente inculturadas. En este sentido, el diálogo entre las diversas tradiciones culturales y sus formas de proteger la dignidad humana (o sus respectivos equivalentes) exige la reformulación de la forma actual en que los derechos humanos están expresados en el marco del Derecho Internacional y la confrontación de las justificaciones filosóficas que le han servido de fundamento, en la medida en que las mismas han pretendido ser absolutas y expresan fundamentalmente una perspectiva etnocéntrica occidental.

En todo caso, en el proceso de intercambio cultural, allá donde no sean posibles espacios de encuentro, será necesario construir espacios de reconocimiento; y donde aún éstos no sean posibles, nuestras opciones éticas y políticas apuntarán a crear espacios de resistencia a favor de los actores más vulnerables. El planteamiento de la universalidad de los derechos humanos debe cuidarse de un pretendido pluralismo jurídico que termina siendo monocultural, al no permitir un verdadero diálogo entre los distintos sistemas de derecho y en el que, al fin y al cabo, el sistema del Estado moderno lo cubre todo.

Es una tarea insustituible el tratar de visibilizar y atender a los diversos procesos de construcción de diálogo intercultural que ya se encuentran efectivamente en curso, identificando sus estrategias, metodologías y aprendizajes. En la búsqueda de referentes desde los cuales establecer un diálogo intercultural de saberes, que permita ampliar el discurso sobre lo que en occidente se han denominado derechos humanos y dignidad humana, resulta de sumo interés comprender

³ Cfr. SANTOS, B. Desigualdad, exclusión y globalización: Hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia. En: *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*. Madrid: Trotta, 2005, p. 233. También, del mismo autor, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos-ILSA, 1991, pp. 219-220.

que en este proceso no existen modelos previos que funcionen como baremo o patrón normativo. De pretender hacerse una aproximación sobre la base de un supuesto modelo “por encima de toda cultura”, se perdería de vista la singularidad de los procesos, eliminando la historia específica. Si bien hay fenómenos globales, la realidad se construye desde dinámicas históricas diferenciadas. Al preguntarnos por un universalismo como punto de llegada de los derechos humanos, ha de tenerse sumo cuidado con la colonialidad del poder y del saber.

Es prioritario atender a las agendas que se vienen desarrollando (fundamentalmente a través de los medios masivos de información) para la construcción de una determinada comprensión de la realidad al servicio de los intereses de determinados grupos de poder. De la misma manera, se requiere intervenir y transformar la actual correlación de fuerzas a nivel comunicacional que permite la existencia de un único discurso, construido de forma no participada. Ello exige un verdadero proceso de democratización de poder, sin el cual no hay diálogo posible.

Frente a la universalización del localismo occidental que opera a través del discurso hegemónico liberal de los derechos humanos, apoyado en un sujeto abstracto y descontextualizado, se propone asumir la tarea de tender puentes culturales que permitan la construcción permanente de condiciones, interculturalmente discernidas, que permitan a los sujetos formular y construir mundos desde sus particulares y diferenciados horizontes y contextos. En ese proceso se podrán ir definiendo derechos comunes a todos y todas, aunque diversamente inculturados. Es sin duda una tarea ardua, llena de conflictos y de muy largo aliento, no libre de contradicciones, pero nos parece el camino más coherente con el espíritu que anima las luchas por condiciones de vida digna en nuestros pueblos.

Quiero ahora centrarme en el modo en que considero que la racionalidad neoliberal hace uso del discurso de los derechos para sus propios fines.

Es necesario comenzar identificando cómo el ejercicio de abstracción de las condiciones socio-históricas ha permitido a la ideología liberal fragmentar las distintas dimensiones que conforman la realidad social; así, ha hecho posible formular un discurso de los derechos

atendiendo a aspectos estrictamente jurídicos sin tener que dar cuenta de las dimensiones política y económica.

Cuando asumimos los derechos humanos más allá de reivindicaciones específicas y nos preguntamos por las razones estructurales que hacen que en nuestra sociedad se mantengan y reproduzcan relaciones de dominio, explotación y exclusión; tenemos que preguntarnos si las formas de organización socio-económica, si los modelos políticos y los marcos civilizatorios, que definen determinadas relaciones sociales, contribuyen o no a la satisfacción de tales condiciones para todos y todas. Asumir críticamente los derechos humanos nos debe llevar no sólo a ver si un determinado derecho está siendo garantizado, sino a un análisis de nuestra sociedad, intentando determinar qué causas estructurales (modelo de civilización, relaciones sociales de producción, sistemas socio-culturales, formas de organización política) establecen una determinada configuración que hace imposible la vida digna para todos y todas (incluida la naturaleza). Este análisis no niega acciones específicas más sectoriales, sobre derechos concretos, pero exige una comprensión del conjunto capaz de orientar una práctica realmente transformadora.

Reconocer que la lucha de los derechos humanos va más allá de su mero reconocimiento formal en los marcos normativos, atendiendo a la construcción de reales condiciones de vida digna en los diversos contextos en que las personas y los pueblos realizan sus proyectos vitales, exige recuperar el análisis crítico de la economía política en la comprensión de los derechos. Es falso todo intento por construir sociedades que reconozcan y se orienten por la vigencia de los derechos, si tales intentos no asumen lo económico como una instancia imprescindible (Hinkelammert: 45). No habrá garantía posible de derechos humanos sin transformaciones profundas a nivel económico, pues dichas transformaciones son parte de sus condiciones de posibilidad (Hinkelammert, Mora, 2013: 347).

Un orden social sostenido sobre la base de la acumulación de capital, que legitima, por tanto, relaciones asimétricas en el acceso a la propiedad, en el manejo de la información, en la construcción de conocimiento y en el control de las condiciones necesarias para vivir dignamente, debe, con justa razón, calificarse como estructuralmente contrario a derechos humanos (Gallardo, 2008: 48). Su lógica de ba-

se configura una sociedad conformada por “vencedores y perdedores estructurales”, respectivamente justificados y culpabilizados gracias a su aparato ideológico. Resulta evidente el carácter profundamente antidemocrático de semejante forma de organización de la vida en sociedad; si optamos, como de hecho lo hacemos, por radicalizar la democracia en los diferentes órdenes de la vida, eso se debe traducir en la exigencia de democratizar el poder en los distintos ámbitos y transformar así las relaciones económicas, la configuración cultural y la organización política⁴.

Pero, no nos equivoquemos, la estrategia del sistema capitalista globalizado, el neoliberalismo, no pasa por negar los derechos humanos, por el contrario, se propone mundializarlos, siempre que antes logre instalar una concepción de los mismos que resulte compatible con su lógica, sus intereses, su concepción de ser humano, de mundo y de sociedad. Ella propondrá un ejercicio de los derechos centrado en la ficción jurídica de un supuesto individuo abstracto del que se dice no está determinado por ningún rasgo identitario específico, pero que en realidad responde al muy específico modo de ser humano del hombre propietario burgués occidental blanco (Fariñas Dulce, 2005: 109). Se plantea, pues, una tendenciosa homogeneización del modelo antropológico, reduciendo el ser humano a este individuo ideológicamente configurado, pretendiendo universalizar el tipo local específico que subyace a la propuesta civilizatoria capitalista.

Pero la estrategia neoliberal, en su reconfiguración de los derechos humanos, da un paso más, de no poca significación y consecuencia: le reconoce “personalidad jurídica” a las empresas y corporaciones transnacionales, de manera tal que son asumidas como sujetos jurídicos (ídem: 103).

Así, se pone en marcha una reinterpretación de los derechos humanos, transformándolos en un gran correlato de derechos de propiedad. Todo, incluido el ser humano, es visto como propiedad, y por tanto como algo transable, quedando el ejercicio de los derechos reducido al cálculo de utilidad en función del criterio de la maximización del beneficio (Hinkelammert, 2010: 8).

⁴ Red de Apoyo por la Justicia y la Paz. Sistematización del taller “Socialismo y Derechos Humanos”. Material mimeográfico.

En la racionalidad neoliberal, hoy ya imperante, el mercado se constituye en el centro de la sociedad, y la legalidad se establece a partir de la relación contractual entre individuos, protegiendo, fundamentalmente la propiedad y el estricto cumplimiento de los contratos. Desde este principio se configura la libertad; libertad es libertad para contratar, y consumir (Hinkelammert, 2010: 296-298).

Por su parte, los derechos de carácter redistributivo, de sentido igualitario, son descartados, negados en su condición de derechos (Fariñas Dulce, 2005: 108). Para esta narrativa, los derechos conocidos como económicos, sociales y culturales son entendidos como distorsión y obstáculo al libre desenvolvimiento del mercado; son contrarios a “la” racionalidad económica y, por tanto, descartados. Nuevamente la estrategia pasa por simplificar para generalizar una alternativa, su alternativa: su racionalidad se presenta como “la” racionalidad. Frente a ello, el pensamiento crítico debe visibilizar las consecuencias de esta práctica y desestabilizar los discursos que pretenden legitimarla, haciendo ver que tal racionalidad, la inherente al modelo capitalista, no se corresponde con un orden natural y objetivo de las cosas, no es ni universal ni necesaria, no es reflejo de ningún tipo de relacionamiento original del ser humano; es, sí, una construcción social que, por tanto, está sometida al discernimiento de los actores sociales en su quehacer socio-histórico (Gallardo, 2008: 22/23).

Por eso, frente a una concepción de los derechos reductivamente formalista, capaz de afirmar derechos haciendo abstracción de las condiciones concretas en que los seres humanos viven, necesitamos construcciones teóricas que integren en su discurso la gestación de condiciones que hagan posible transformar los impedimentos socio-históricos que en cada caso concreto las personas y los pueblos requieren enfrentar para así poder acceder a las diferenciadas formas de vida digna. Se tratará de una construcción que, sin pretender establecer de antemano cuáles han de ser esas condiciones y las capacidades necesarias para enfrentarlas, permita reconocer y animar alternativas frente a los múltiples mecanismos y estructuras de subordinación que la dinámica sociopolítica plantea, fundadas en las asimetrías de poder.

Así mismo, ante el discurso que presenta la globalización neoliberal en el supuesto intento por hacer desaparecer el Estado, es preciso percatarse que en lugar de disolverlo lo que en realidad se pretende es

transformarlo en función de sus intereses. En lugar de desregulación lo que está aconteciendo es una regulación que tiene como eje las reglas que el capitalismo requiere para intensificar su acción; en ello, el papel del Estado es fundamental, para controlar a la población, para poner lo público al servicio de los intereses privados (Hinkelammert, 2001: 197/198). De tal manera que en lugar de una crisis del Estado, a lo que nos enfrentamos es a la tentativa de transformación del modelo de Estado hasta ahora conocido para ajustarlo a las demandas del capital globalizado; el nuevo tipo de Estado propuesto por los mentores del discurso capitalista se articula de forma directa con el mercado (Santos, 2008: 259).

La pregunta es, entonces, si no sería favorable a las luchas en las que estamos empeñados, empezar a reconocer los límites en que nos coloca la comprensión de los derechos humanos que se fraguó fundamentalmente en el marco de la doctrina liberal, en la medida en que dicha comprensión de los derechos impide gestar mecanismos de lucha que sirvan para enfrentar a algunos poderes fácticos que, valiéndose, por ejemplo, de una pretendida división entre lo público y lo privado, actúan al amparo de los vacíos que los actuales instrumentos jurídicos presentan a partir de esa concepción teórica.

Un ejemplo claro de ello es la actuación de las tras-nacionales. Bien a través de Estados penetrados por el poder económico, o directamente a su servicio, o bien valiéndose de la debilidad de otros Estados, en el marco del derecho liberal se ha venido construyendo una nueva *lex mercatoria* que deja impune prácticas que afectan gravemente la posibilidad de que los pueblos puedan vivir condiciones de vida digna. Esta nueva “ley” que rige el intercambio comercial en el escenario globalizado establece sanciones a los Estados cuando sus acciones afecten los intereses de las empresas, sin que ocurra lo contrario, obligando a las empresas a resarcir daños a las poblaciones. La configuración del poder, sobretodo en el contexto de las naciones más poderosas (en términos políticos, económicos, militares...) obliga a reconocer que la clásica división entre lo político y lo económico, que

pretende fronteras absolutas entre los actores estatales y los grupos de poder económico, no se corresponde con la realidad⁵.

En busca de brindarnos instrumentos jurídicos para llevar adelante los proyectos de sociedad en los que creemos, convendría, por una parte, afianzar y desarrollar las herramientas legales con las que ya contamos, tanto en el plano nacional como en el internacional, y avanzar en el servicio que el Estado debe prestar supervisando, controlando y sancionando las acciones por parte de las empresas que afecten la calidad de vida de la gente; pero, al mismo tiempo, podemos pensar en construir y desarrollar otras herramientas conceptuales, jurídicas, políticas, que permitan actuar también en los escenarios que la globalización ha ido definiendo. Se trata de construir y consolidar nuevas formas de control democrático que permitan atender a las asimetrías creadas (y, porque creadas, susceptibles de ser transformadas), sometiendo así a actores hasta ahora no considerados por la doctrina dominante sobre los derechos. Evidentemente, esta construcción implicará un gran esfuerzo creativo, no exento de riesgos, y una gran osadía política para definir, entre otras cosas, los mecanismos, instrumentos y sistemas de protección necesarios.

⁵ De ello da cuenta, por ejemplo, la decisión de la Corte Suprema de Justicia de EE.UU. del 21 de enero de 2010, emitida en el caso “Citizens United vs. Federal Election Commission” en la que se elimina el límite de financiación a las campañas electorales por parte de las grandes empresas. Resulta difícil suponer que esa financiación no implicará luego cuotas de poder y definición de acciones por parte de los gobiernos en función de los intereses de las empresas.

Os Direitos Humanos como Direitos Fundamentais nas Constituições Contemporâneas

Margarida Maria Lacombe Camargo¹

Esse breve esboço procura atender, no todo ou em parte, à primeira pergunta apresentada pelos organizadores do livro, sob a ótica da Teoria do Direito: A Declaração é considerada marco de um consenso universal alcançado em 1948 e aprimorado ao longo do tempo. Como compreender o multiculturalismo e os enfrentamentos entre culturas a partir dos valores consagrados no universalismo dos direitos humanos?

Procurarei mostrar, sob a ótica da Teoria do Direito, o aprimoramento que os Direitos Humanos recebem, ao serem incorporados nas constituições contemporâneas sob a roupagem de Direitos Fundamentais². Os Direitos Humanos ganham em efetividade pela maior força normativa que adquirem, ao virem configurados nos textos constitucionais³, e pela garantia da sua aplicação por meios competentes: as cortes constitucionais.

A ideia da existência de direitos inerentes à natureza humana, e que precisam ser protegidos por um poder legitimamente organizado

¹ Professora de Direito da UFRJ.

² Antonio Perez Luño usa a expressão Direitos Humanos Fundamentais para marcar o fenômeno de positivação dos Direitos Humanos nos ordenamentos jurídicos internos. A positividade desses direitos faz com se tornem mais eficazes na medida em que dispõem do aparato estatal a seu favor, a começar pelos tribunais constitucionais.

LUÑO, Antonio E. Perez. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Technos, 1998.

³ Segundo Alexy, “Los derechos humanos solo pueden desenvolver sup leno vigos cuando se les garantiza a través de normas de derecho positive. Este es el caso, por ejemplo, de su incorporación como derecho obligartorio en el catálogo de derechos fundamentales de una constitución”. ALEXY, Robert. *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*. Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n. 1, 1995, p. 93.

remonta aos séculos XVII e XVIII. É o momento em que o Estado Moderno forja as suas bases com fulcro nas teorias contratualistas. Ainda que sob matizes distintos, conforme encontramos nas obras de Hobbes, Locke e Rousseau, a sociedade, ou um conjunto de indivíduos, delega poderes a um soberano capaz de lhes garantir a vida, a liberdade, a igualdade e o direito de propriedade que a natureza a todos oferece. O Estado surge, assim, para garantir direitos individuais previamente existentes⁴; ele não os concede.

As declarações presentes nas constituições do Estado Moderno, de matriz ocidental, garantem as liberdades dos indivíduos não apenas em relação aos seu semelhantes⁵, como também frente ao próprio Estado, de forma a conterem eventuais práticas de abuso de poder, numa perspectiva horizontal e numa perspectiva vertical, respectivamente. São os chamados “direitos e garantias individuais”, que depois se somam aos direitos coletivos e, mais tarde, aos sociais, conforme nos mostra a análise cronológica de T.H. Marshall⁶.

⁴ A Declaração Universal do Homem e do Cidadão, de 1789, é o documento que melhor sintetiza os fundamentos do Estado Constitucional Moderno. O artigo 2 mostra qual o âmbito de proteção a ser dada pelo então insurgente Estado de Direito: “O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”.

⁵ Nesse aspecto, vale ressaltar as observações de C.B. Macpherson, que nos chama a atenção para o fato de que a liberdade protegida no Estado liberal burguês é decorrente do direito de propriedade. “A liberdade é função do que se possui”. “O indivíduo se pensava livre na medida em que era proprietário da sua própria pessoa e das suas capacidades”. (p. 15). “A sociedade política é uma invenção humana para a proteção da propriedade que o indivíduo tem sobre sua própria pessoa e sobre seus bens. E, portanto, para manutenção de relações de troca devidamente ordenadas entre indivíduos considerados proprietários de si mesmos”. (258) “A sociedade política é uma invenção humana para a proteção da propriedade que o indivíduo tem sobre sua própria pessoa e sobre seus bens. E, portanto, para manutenção de relações de troca devidamente ordenadas entre indivíduos considerados proprietários de si mesmos”. (258)

MACPHERSON, C.B. *A Teoria Política do Individualismo Possessivo*: de Hobbes a Locke. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

⁶ T. H. Marshall traça o percurso cronológico do avanço da cidadania civil para a política e a social em *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, capítulo III.

O que ganha destaque nessa primeira fase histórica, das chamadas “liberdades públicas”, é o direito subjetivo, pois é o sujeito que, uma vez cerceado no exercício da sua liberdade, aciona o Estado em busca de proteção. Mas quando, em meados do século XX, o mundo experimenta as atrocidades cometidas pelos nazistas contra o povo judeu, sem romper com a ordem jurídica vigente, a indignação promove o surgimento de um novo constitucionalismo comprometido com a eficácia e proteção dos direitos fundamentais. Às antigas liberdades públicas, próprias do constitucionalismo liberal burguês oitocentista, se soma uma dimensão objetiva, de superioridade hierárquica dos direitos fundamentais, capaz de se fazerem valer sobre os atos dos poderes legislativo e executivo que lhe contrariem. São criados tribunais com a incumbência precípua de fazer um controle de constitucionalidade sobre os atos dos poderes legislativo e executivo. Os direitos fundamentais ganham uma força normativa antes desconhecida.

Mas a questão que se põe, agora, é se essa nova matriz positiva, e impositiva, consegue se afastar do individualismo possessivo típico do liberalismo que lhe deu origem, e do qual nos fala Macpherson⁷, a ponto de promover direitos para uma convivência plural, inclusiva e não atomizada.

Como direitos positivados que estão, no topo do ordenamento jurídico estatal, os direitos fundamentais ganham força topográfica a ponto de afastarem os atos infraconstitucionais que lhe contradigam. É o princípio da supremacia da Constituição, que se faz sentir pela força normativa das normas constitucionais e pela atuação dos Tribunais Constitucionais contemporâneos, como o alemão, de 1951, na esteira da criação da Carta Fundamental de Bonn de 1949, bem como outros tribunais comprometidos com a aplicação das Constituições de 1976, em Portugal; de 1978, na Espanha e a de 1988, no Brasil. Acaba prevalecendo a palavra do tribunal constitucional, “legítimo intérprete da Constituição”. O discurso sobre a constitucionalidade das leis lhe compete⁸.

⁷ MACPHERSON, C.B. ob. cit.

⁸ O papel de legislador negativo das Cortes Constitucionais nos lança a uma série de problemas de natureza política, como o do contramajoritarismo, anunciado por Alexander Bickel*, sob a ótica da legitimidade institucional, e o do ativismo judicial, compreendido como o espaço ocupado pelo Poder Judiciário rela-

Mas Jürgen Habermas⁹ rompe, de certa forma, a hierarquia entre Poder Público, no caso o tribunal, e cidadão, configurada também na relação direito objetivo/direito subjetivo¹⁰, ao estabelecer uma conexão interna entre Direito e democracia. O direito positivo, segundo afirma, não extrai sua legitimidade de um direito superior. “O direito moderno se legitima na autonomia garantida de maneira igual a cada cidadão, de forma que a autonomia privada e a pública se pressupõem reciprocamente”¹¹.

Habermas, seguindo Kant de perto, distingue liberdade de autonomia. No caso da liberdade subjetiva, a vontade é dada pelas preferências ou motivos racionais que cada pessoa tem. O ato da liberdade surge como parte da consciência de um único sujeito. “No caso da autonomia, a vontade se deixa determinar por máximas aprovadas pelo teste da universalização. A vontade de uma pessoa é determinada por motivos que deveriam igualmente ser levados em conta por todas as pessoas”¹². Pessoas que integram uma comunidade moral responsável pela elaboração de suas próprias leis; “uma comunidade formada de indivíduos livres e iguais que se sentem obrigados a tratar uns aos

tivamente aos demais poderes, uma vez favorecido pela abrangência da norma constitucional. Um problema que recai, basicamente, sobre a interpretação e o alcance das normas de direito fundamental, que possui estrutura diferenciada das regras.*

*Alexander Bickel, em *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, 1986, aborda o problema da legitimidade das cortes constitucionais na revisão judicial dos atos do Poder Legislativo. Cf. especialmente o capítulo I.

**Robert Alexy acentua a distinção existente entre regras e princípios. Enquanto as regras estabelecem hipóteses determinadas e se resolvem pela subsunção, os princípios são direitos *prima facie* e dependem da ponderação frente a outro direito fundamental. Vide Robert Alexy em *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁹ HABERMAS, Jürgen. *La Inclusión del Otro: estudios de teoría política*. Barcelona: Paidós, 2002.

¹⁰ A relação direito objetivo/direito subjetivo, trabalhada na Teoria do Direito, faz com o cidadão provoque o Poder Judiciário, alegando fatos e apontando a regra cabível, e o Estado responde com um discurso que lhe compete. O exercício da sua liberdade depende, em última instância do que o Poder Público diz.

¹¹ Idem. *Ibidem.*, p. 247-8.

¹² Idem. *A Ética da Discussão e a Questão da Verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 12-3.

outros como fins em si mesmos”¹³. Dessa forma, a liberdade subjetiva faz com que algumas pessoas sejam livres e outras não, ou que algumas sejam mais livres do que outras. A autonomia, ao contrário, diz Habermas, não é um conceito distributivo e não pode ser alcançada individualmente. “Uma pessoa só pode ser livre se todas as demais o forem igualmente”¹⁴. Com isso abandona a ideia de subjetividade e abraça a prática da intersubjetividade apoiada na teoria do discurso.

Esse trecho da obra de Habermas é importante porque nos mostra que o direito subjetivo é intrínseco à ideia de individualidade, enquanto a autonomia dá-se em um contexto de igualdade que pressupõe o respeito pelo outro: um contexto de participação democrática. É essa a democracia demandada na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais positivados nas constituições contemporâneas, como falamos anteriormente. Uma interpretação que, intersubjetiva ou discursivamente, busca a concordância do outro. Daí que o discurso racional é aquele capaz de alcançar a aprovação de todos os concernidos, independentemente de manifestação presencial. “Toda norma válida tem que preencher a condição de que as consequências e efeitos colaterais que previsivelmente resultem de sua observância universal, para a satisfação dos interesses de todo indivíduo possam ser aceitas sem coação por todos os concernidos”¹⁵. Eis o princípio moral fundamentado pela ética do discurso habermasiana. E é justamente esse apelo à universalidade o que caracteriza a presença dos direitos humanos nas constituições contemporâneas, sob a roupagem de direitos fundamentais. Uma universalidade alcançável pelo discurso no momento de sua interpretação e aplicação pelos tribunais constitucionais.

O Estado garante ao mesmo tempo a aplicação fática do direito e a criação legítima do direito. A força fundamentadora da aplicação do Direito pelo Estado encontra-se na pretensão de racionalidade fundamentada na liberdade, reforça Habermas¹⁶.

¹³ Idem. *Ibidem.*, p. 12-3.

¹⁴ Idem. *Ibidem.*, p. 13.

¹⁵ *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 147.

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *La Inclusión del Otro* cit., p. 248.

Nesse sentido podemos chamar a atenção para a indispensabilidade que os direitos culturais têm para a democracia, sob a ótica da autonomia e da liberdade. Direitos culturais, como diz Habermas, “são os direitos que garantem igualmente a todos e a cada um dos cidadãos o acesso a uma tradição e à participação nas comunidades culturais de sua escolha, para que possa estabelecer sua identidade”¹⁷.

Kymlicka mostra como a construção dos estados nacionais pelas democracias liberais do século XVIII e primeira metade do XIX forjou uma identidade cultural excluindo minorias étnicas e culturais¹⁸. O cidadão era aquele que pertencia à comunidade e podia exercer livremente suas preferências diante de um Estado neutro. Para o liberalismo, todos são iguais uma vez que livres para cultivar suas tradições sem a interferência do Estado. No entanto, o autor mostra que o modelo não discriminatório, neutral, é um mito, pois a exigência de uma língua e um currículo escolar comuns, por exemplo, força a aquisição da identidade necessária à participação democrática. Uma nacionalidade excludente, na medida em que não respeita as diversas culturas existentes. Livre é aquele que pertence e se identifica com a cultura nacional, distinta da universalidade que entende como necessário o respeito às várias identidades culturais. Os liberais, diz Kymlicka, “deveriam assegurar a existência de igualdade entre os grupos e de liberdade e igualdade dentro dos grupos”¹⁹.

Podemos dizer que participação em uma comunidade e liberdade são conceitos intercambiantes. Só é livre quem participa e para participar precisa ser livre. E essa participação deve ser garantida pelo discurso. Tanto em termos efetivos, com o apoio institucional, como em termos de orientação da conduta deliberativa. Quem decide deve levar em consideração todos os afetados ou potencialmente afetados pela decisão. No caso dos direitos fundamentais, sob a competência das cortes constitucionais, o auditório universal, para utilizar a nomenclatura de Chaïm Perelman²⁰, serve de ideal regulador capaz

¹⁷ Idem., *A Ética da Discussão* cit., p. 35.

¹⁸ KYMLICKA, Will. Derechos individuales e derechos de grupo en la democracia liberal. *Isegoría* 14 (1996).

¹⁹ Idem. *Ibidem.*, p. 36.

²⁰ Cf. PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *Tratado da Argumentação: A Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 34 e segs.

de garantir a consistência e a coerência do discurso. Ao almejar um ideal, ainda que circunscrito às limitações históricas, o orador persegue a perfeição a ser aferida pela capacidade de convencimento do seu discurso. Não deixa de ser uma forma de participação, denominada por Alexy de “representação argumentativa”²¹. Alexy sustenta que o Poder Judiciário, diferentemente do Poder Legislativo legitimado periodicamente a agir por força do voto, busca constantemente o apoio para às suas decisões. A representação do Poder Judiciário não está no voto, mas nos argumentos que servem de justificativa para suas decisões, sustenta Alexy. É uma forma de aprimorar, intersubjetivamente, as decisões e de as tornarem legítimas pela aceitação de todos os interessados. Dessa maneira, o discurso típico na interpretação dos direitos fundamentais é canal de participação democrática. A universalidade do discurso judicial procura incluir o outro na medida em que busca sua aceitação pela racionalidade do discurso.

Por tudo, podemos concluir que a positivação dos direitos humanos, sob a forma de direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos do Estado moderno, somado ao compromisso das cortes constitucionais contemporâneas em garantir-lhes eficácia, servem à efetivação dos direitos humanos. E é no eixo da universalidade do discurso que pode ser percebida a participação democrática: universalidade tanto pelas garantias institucionais de efetiva participação quanto pela aceitação do que é disposto pelos tribunais a todos os possíveis atingidos.

²¹ Sobre a representação argumentativa ver ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 162 e segs.

Repensando el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Relatos de Universalismo y Eurocentrismo¹

María Angélica Prada-Uribe²

Enrique Prieto-Ríos³

Daniela Suarez Vargas⁴

Contextualización

Este año se cumple setenta (70) años desde que la Asamblea General de las Naciones Unidas acogió la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH). Esta conmemoración resulta ser un mo-

¹ La presente contribución hace parte del proyecto de investigación: “Principios de armonización entre la función y alcance de la Justicia Internacional y las demandas surgidas en los procesos políticos de transición” (2017-2018), financiado por el Centro de Gestión del Conocimiento y la Innovación de la Universidad del Rosario y adscrito a la línea de investigación “Crítica al Derecho internacional desde fundamentos filosóficos” del grupo de investigación en Derecho internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Colombia).

² Profesora de planta de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, e integrante del grupo de investigación en Derecho Privado. Abogada y magíster en Derecho Internacional de la Universidad de los Andes, y actualmente se encuentra culminando la Maestría en Antropología en la misma institución. Se desempeñó como coordinadora e investigadora de diferentes proyectos de investigación en el Centro de Investigaciones Socio-jurídicas (CIJUS) de la Universidad de los Andes.

³ Doctor en Derecho de Birkbeck-University of London, MA en Derecho Internacional de London College UCK y Abogado de la Universidad del Rosario, con amplia experiencia en las áreas de derecho internacional público y derecho económico internacional. Profesor de planta de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, integrante del grupo de investigación en Derecho Internacional y Director de Investigación de la misma Facultad.

⁴ Abogada con profundización en Derecho Penal de la Universidad del Rosario (Colombia), Gestora de Proyectos investigación de la Dirección de Investigación de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Fue monitora y miembro de la Clínica Jurídica Internacional de la Oficina de Víctimas de la Corte Penal Internacional y la Universidad del Rosario.

mento pertinente para mirar atrás y cuestionarnos sobre los puntos positivos y negativos de su legado y su influencia en la construcción y desarrollo del discurso de los derechos humanos.

Para algunos autores la segunda mitad del siglo XX y los inicios del siglo XIX fueron sin lugar a duda “la era de los derechos humanos”⁵. No obstante, el desarrollo y consolidación del proyecto de los Derechos Humanos ha sido objeto de diversas críticas que buscan repensar su pasado, su discurso actual y su futuro como un instrumento efectivo de protección de los derechos.

En este contexto, el objetivo de este artículo es generar una breve reflexión epistemológica sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) en general, y la DUDH en particular. Para este fin, el artículo busca problematizar y dar respuesta a la siguiente pregunta:

La DUDH es considerada como un marco de consenso universal alcanzado en 1948, que se ha desarrollado a lo largo del tiempo ¿Cómo comprender el multiculturalismo y los enfrentamientos entre culturas a partir de los valores consagrados en el universalismo de los Derechos Humanos?

Desde hace ya varias décadas el lenguaje de los Derechos Humanos se ha convertido en la forma dominante de expresar las luchas políticas tanto a nivel nacional como internacional. (Golder, 2014). Su popularización se debe en parte a su capacidad para presentar un punto en común entre posiciones ideológicas y políticas de izquierda y de derecha (Douzinas, 2018: 445), aunque en sus orígenes estuvo asociado al surgimiento de una clase burguesa y su lucha en contra de poderes opresores y despóticos (ídem: 446).

La narrativa tradicional sobre el surgimiento y desarrollo del DIDH ha logrado esconder aspectos ideológicos, temporales y geográficos de los derechos humanos usando una caracterización universalista del DIDH. A través de una visión evolucionista de la historia y del derecho, los textos sobre historia de los Derechos Humanos señalan que la DUDH fue un instrumento fundamental en la consolidación

⁵ Louis Henkin, *The Age Of Rights* (Columbia University Press 1990); Makau Mutua, ‘Is The Age Of Human Rights Over?’, *The Routledge Companion to Literature and Human Rights* (Routledge 2016).

del DIDH y su expansión a nivel mundial (Barreto, 2014: 144/145). En este contexto, la DUDH, es presentada como una respuesta directa a las atrocidades que se vivieron durante la Segunda Guerra Mundial con una vocación de aplicación universal (Bray, 2000: 118/119).

Esta narrativa tradicional del DIDH solo reconoce un tipo de conflicto frente al discurso de los derechos humanos: el enfrentamiento entre culturas que surge de la aparente contradicción entre la pretensión universalista de los Derechos Humanos, y el deseo de proteger y preservar el multiculturalismo. Sin embargo, el problema del multiculturalismo y de la universalidad de los derechos humanos es mucho más amplio y complejo, por lo que esta aproximación tradicional al discurso del DIDH debe ser reconsiderada a partir de dos ángulos en especial: el primero busca cuestionar el carácter universalista del DIDH a partir de la identificación de sus puntos ciegos; el segundo ángulo se centra en evidenciar la construcción eurocéntrica del discurso de los Derechos Humanos, el cual se ha visto reflejado en el sistema normativo del DIDH.

El problema de la universalidad de los derechos humanos

La universalidad del discurso de los Derechos Humanos ha sido justificada a través de argumentos teóricos y argumentos empíricos. Por un lado, la justificación teórica del DIDH ha sido construida desde una aproximación kantiana, según la cual existen unos principios reguladores básicos y comunes a la comunidad internacional, los cuales permiten que cualquier acción pueda ser juzgada como correcta o incorrecta (Douzinas, 2018: 451). Esta aproximación contrasta, por el otro lado, con la justificación empírica del DIDH, según la cual su universalidad debe ser leída desde una mera cuantificación de la adopción de los instrumentos normativos internacionales en materia de Derechos Humanos, como la DUDH, por la mayoría de Estados en el mundo (ídem).

La categorización del discurso de los Derechos Humanos como universal y neutro, crea unos puntos ciegos frente aspectos importantes que requieren ser considerados. Por ejemplo, esta visión universalista del DIDH, de la cual la DUDH fue su primera expresión, ha estado sujeta a múltiples críticas: la priorización de derechos civiles y

políticos sobre los derechos económicos, sociales y culturales; su fácil cooptación por parte del proyecto imperialista; la falta de legitimidad democrática; su distancia elitista frente a los movimientos políticos de base, entre otras. (Moyn, 2018) De igual forma, uno de los principales puntos que históricamente ha sido invisibilizado por el carácter universal de los Derechos Humanos, es el hecho que el expansionismo del discurso va de la mano de procesos de estandarización del mercado global (Douzinas, 2018: 453).

Otras críticas al discurso de los Derechos Humanos y su pretensión universalista, se ha centrado en señalar que la separación entre el ámbito político (copado por los Derechos Humanos) y el económico internacional es una creación artificial que surge con el modelo institucional creado al final de la Segunda Guerra Mundial que legitima la continuación del colonialismo mientras simultáneamente reconocía la existencia de derechos humanos universales en la DUDH (Pahuja, 2011).

Una crítica más actual que se ha hecho a la visión universalista de los Derechos Humanos es que esta genera la despolitización de las luchas sociales desde abajo. Autores como David Kennedy han señalado con preocupación que el movimiento de los derechos humanos ha ocupado el campo de la lucha social y política, desplazando otro tipo de lenguajes locales de carácter emancipador que no solo son igual de legítimos, sino que en ciertos contextos pueden llegar a ser incluso más efectivos para alcanzar mayores niveles de igualdad y de justicia. (Kennedy, 2006)

Los orígenes eurocéntricos de los derechos humanos

Una de las mayores críticas a las que el DIDH se ha tenido que enfrentar está asociada con el hecho de que su surgimiento y desarrollo se produce en un marco histórico-espacial determinado: los eventos catastróficos ocurridos en Europa en los siglos XVIII, XIX y XX. (Cassese, 1980; Douzinas, 2018: 448-454) Como ya existen múltiples trabajos que desde las teorías poscoloniales o los estudios críticos del derecho (TWAIL por sus siglas en inglés) han demostrado los orígenes y pretensiones eurocéntricas del DIDH, nosotros consideramos importante, siguiendo a José Manuel Barreto, poder construir una

narrativa más allá de la geografía y de la historia europea que permita considerar las experiencias del tercer mundo⁶.

Una narrativa de los derechos humanos que busque incluir perspectivas y experiencias del tercer mundo debe reconocer los efectos negativos que los procesos de colonización e imperialismo, así como los procesos de descolonización e independencia, incluyendo el papel que el discurso del desarrollo, han tenido sobre esos países. (Pahuja, 2011: 63/64) Un ejemplo claro de esto se puede observar en la importancia de incluir en esta narrativa eventos como los debates de Valladolid de 1550 y la legitimación del proceso de colonización americano. (Guardiola, 2018)

Otros eventos importantes para tener en cuenta, tiene que ver con la relación entre la consolidación del capitalismo y la división entre países desarrollados y no desarrollados, o en general la discusión sobre la posibilidad o imposibilidad de incluir las narrativas del subalterno. (Barreto, 2011: 145) También se deben tener en cuenta en la construcción y consolidación del DIDH la inclusión de eventos posteriores a la adopción de la DUDH, como lo son los casos de Guantánamo, Irak, Afganistán o los conflictos de baja intensidad ocurridos en América Latina entre las décadas de 1980 y 2000.

Mantener la lógica eurocéntrica en el discurso y narrativas de los derechos humanos profundizará los problemas de interpretación y aplicación material de las disposiciones normativas en aquellas situaciones de abuso del poder y violencia en países del tercer mundo. Esta situación se materializa a través de la existencia de un relativismo cultural que choca con los proyectos de expansión y estandarización, a partir de las reivindicaciones locales que, aunque positivas, pueden justificar atrocidades. Adicionalmente, otro problema generado por la conservación de la lógica eurocéntrica en los Derechos Humanos es la dificultad de definir qué países cuentan con la autoridad y la facultad de decidir cómo se deben interpretar y aplicar estas narrativas en casos concretos. (Douzinas, 2018: 459)

⁶ Ver: Barreto (n 5) 166; Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law* (Cambridge University Press 2004); Uprenda Baxi, *Human Rights in a Post-Human World: Critical Essays* (University Oxford Press 2009) entre otros.

De este modo, la persistencia del discurso euro centrista en el DIDH, y sus instrumentos como la DUDH, convierte su narrativa en un aspecto provincial y no universal, el cual se ve parcializado en su construcción tanto desde la perspectiva epistemológica como desde los hechos históricos. (Barreto, 2011: 146) Así, por ejemplo, situaciones recientes como las intervenciones humanitarias y militares en Medio Oriente y África o la lucha contra el terrorismo (War on Terror) dejan en evidencia la necesidad de reconsiderar si el proyecto de los derechos humanos continúa siendo un simple proyecto en construcción o un proyecto que se materializó y se consolidó. (Mayer, 2014: 198)

¿Qué viene ahora?

Muchos de los académicos e investigadores que han hecho críticas a los Derechos Humanos se encuentran inmersos en un dilema del que nosotros mismos no somos ajenos ¿Es posible utilizar el DIDH para alcanzar fines emancipadores o su uso siempre constituye una reproducción de sus orígenes imperialistas y eurocéntricos? En la ausencia de herramientas jurídicas y políticas diferentes que generen una mayor emancipación global se ha buscado reconceptualizar los Derechos Humanos para hacer uso de estos de manera estratégica sin dejar de vista sus problemas.

Es por eso que dentro del panorama actual, donde la ideología neoliberal ha jugado un papel fundamental (Prieto Ríos, 2015), es necesario mover el discurso de los Derechos Humanos de un estado de ambivalencia a una situación de mayor claridad. Por ejemplo, un paso importante puede ser la creación de una normativa clara y vinculante que generen obligaciones para las empresas privadas con respecto al respeto y protección de los Derechos Humanos.

Para concluir, en el contexto de un mundo más globalizado y de los 70 años de aniversario de la DUDH, es importante que los académicos continuemos generando reflexiones críticas en la construcción y avances del discurso de los Derechos Humanos y el funcionamiento del DIDH. De igual forma es relevante que esta reinterpretación busque darle una interpretación más pragmática al DIDH que tenga en cuenta los costos y beneficios de su construcción narrativa, su institucionalización, su articulación y su cumplimiento. (Kennedy, 2002: 101).

La lucha por los Derechos Humanos en el siglo XXI

María José Fariñas Dulce¹

“El instante en que el lenguaje se volvió humano se encuentra en estrecha relación con el momento en que el hombre inventó un cuento, un mito, a fin de excusar un error cometido por él, quizás al dar una señal de peligro cuando no había motivo para ello...” (Karl Popper).

Introducción

Los Derechos Humanos son el código de justicia del mundo occidental moderno. A 70 años vista de la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el “mito” fundacional de la Modernidad Occidental está cada vez más en peligro. Por ello, no debemos pensar que está todo conseguido en materia de Derechos. La lucha por los Derechos es un proceso socio histórico por la emancipación social y la dignidad de todos los seres humanos, con avances y retrocesos, con unos periodos de conquista y construcción de derechos y otros de pérdida o de deconstrucción de los mismos. Los Derechos Humanos, como dice su Declaración Universal, son para todos sin distinción alguna, pero en la práctica millones de persona siguen sin tener acceso a los mismos. Y la impunidad por la violación de los derechos, tanto en el ámbito privado como público, es un hecho demasiado desgarrador en el siglo XXI.

¹ Profesora Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Investigadora en el Instituto de Estudios de Género de la misma Universidad. Profesora del Máster en Derechos Humanos del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Profesora del Máster en Sociología Jurídica del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñate; del Master en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide y de la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

En la segunda mitad del siglo XX y lo que llevamos del XXI se ha producido una revolución tecnológica con grandes avances científicos y técnicos. Sin embargo, y a pesar de todos estos avances, persiste la pobreza, el hambre, la insatisfacción por el difícil acceso a los derechos, las discriminaciones múltiples, la desigualdad, así como aparecen y se incrementan las brechas sociales fortalecidas por las nuevas tecnologías. La irrupción en las últimas décadas de un nuevo proceso histórico, llamado Globalización (favorecido por las últimas revoluciones tecnológicas), ha ido cambiando muchas de las coordenadas básicas del mundo moderno. Fundamentalmente, se están viendo afectados algunos consensos básicos de nuestras sociedades democráticas modernas occidentales, que han girado en torno a un cierto equilibrio societario y político entre la libertad y la igualdad, por una parte, y la libertad y la seguridad, por otra. Ambos consensos han servido de base y fundamento para el desarrollo histórico de las diferentes categorías de Derechos Humanos, para su reconocimiento constitucional y sus garantías jurídicas.

Lo cierto es que asistimos a una mezcla, por una parte, de insatisfacción y temor ante una perspectiva social, laboral, económica, energética y climática cada vez más insegura y, por otra, de frustración de las legítimas ambiciones de ascenso social de la población (las clases medias y bajas) ahora bruscamente detenidas, pero que durante décadas fueron el enganche legitimador del capitalismo del bienestar con la clase trabajadora y sus derechos.

Universalidad versus interculturalidad

La gran inquietud de la Humanidad ha sido y sigue siendo conciliar la universalidad de los valores con la polifonía cultural del mundo: lo que nos une a todos y lo que nos diferencia. La condición humana se ha desarrollado siempre en un péndulo dialéctico entre la unidad y la multiplicidad, entre lo homogéneo y lo heterogéneo, entre la búsqueda de lo común y la afirmación de la diferencia, entre lo individual y lo colectivo o, en fin, entre el triunfo de lo universal y la resistencia de lo particular.

Tradicionalmente la cultura occidental Moderna, y especialmente su código de justicia plasmado en la idea de los Derechos Humanos,

ha respondido a esa inquietud en dos direcciones contrapuestas. O bien ha intentado alcanzar una unidad superior mediante el presupuesto epistemológico de la *reductium al unum*, intentado ocultar, marginar, reducir o inferiorizar las diferencias que pudieran amenazar a aquélla; o bien ha pretendido ontologizar, absolutizar y sacralizar las diferencias por sí mismas de manera exclusiva y excluyente, siendo éstas incapaces entonces de conseguir un punto de unidad compartido, de encuentro, de convivencia o de diálogo.

En este contexto y a 70 años de la Declaración Universal de Derechos Humanos, seguimos planteando la pregunta de cómo compaginar la pretensión de *universalidad* de los Derechos Humanos con la polifonía de las diferentes culturas, religiones y cosmovisiones del mundo sin caer de nuevo en un colonialismo intelectual ni en los tradicionales imperativos culturales o morales. La tensión entre Derechos Humanos y diversidad cultural se presenta actualmente como la articulación de dos universalidades: los Derechos Humanos como justicia universal del mundo occidental moderno y el respeto a la diversidad cultural también como principio universal. Es decir, estamos ante la tensión entre la universalidad abstracta de una pretendida única naturaleza humana universal y la universalidad del respeto a los heterogéneos universales antropológicos que se manifiestan en los diferentes contextos espacio-temporales. Universalidad de los Derechos Humanos y la diversidad cultural no pueden ya plantearse como conceptos antagónicos, sino necesariamente interactivos, basados en una inevitable mirada inter y transcultural.

Convendría repensar, de nuevo, los Derechos Humanos como símbolos de referencia en la lucha social por la libertad, la igualdad, la solidaridad, el libre desarrollo de la dignidad de todos los seres humanos y de todas las culturas y credos existentes y el respeto, en fin, a la identidad en la dignidad humana. Es decir, replantearlos como símbolos de liberación contra todo tipo de dominación. Los Derechos Humanos impuestos sin más en las sociedades y las culturas diferentes pierden su función de emancipación y de transformación de la realidad social. Como lo demuestra el hecho de que Occidente se intenta vincular a los países del tercer mundo mediante la retórica de la “democracia liberal” y de los “Derechos Humanos liberales”; retórica que en muchas ocasiones sirve para ocultar una verdadera erosión del patrimonio cultural y de la biodiversidad del mundo.

La opción epistemológica de la interculturalidad implica una actitud de valoración positiva hacia la comunicación entre culturas y hacia el reconocimiento de las mismas. Interculturalidad es un concepto relacional que remite a convivir e interactuar con la pluralidad del mundo, constatando el enriquecedor mestizaje y la inevitable contaminación existente en las pretendidas culturas o religiones puras, exclusivas y excluyentes. Presupone, a su vez, considerar los procesos socio-culturales y religiosos como procesos de comunicación intersubjetiva, transcultural y como procesos históricos abiertos.

De esta manera podemos ser conscientes de la relatividad de las diferentes opciones culturales o éticas del mundo, pero sin caer en la postura filosófica del relativismo o subjetivismo axiológico, entendido como nihilismo valorativo. Todos y cada uno de los actores sociales se han de configurar no solo por lo que son y aspiran a ser, sino por lo que los otros los condicionan a ser o hacer. Pero esto no tiene, obviamente, un sentido unidireccional, sino bidireccional y recíproco. La opción de la interculturalidad no solo invita al diálogo, sino también a facilitar la integración y la cohesión social de todos sin caer en una concepción excesivamente diferenciada del vínculo social o en una apología de lo que separa (que se manifiesta en las diferentes maneras de nacionalismos etnicistas, racismo, xenofobias, fundamentalismos, homofobias, etc.).

En un mismo contexto social y político, se trataría de que las instancias públicas y laicas fueran capaces de abrir vías para el mestizaje cultural y la transversalidad de las diferentes culturas y éticas del mundo, sobre la base de la construcción de reglas y compromisos comunes de carácter transcultural, para la vida en común. La opción por la interculturalidad podría facilitar la creación de mecanismos políticos y económicos de integración social para todas las diferencias y abrir el camino para una política laica, inclusiva y solidaria de la ciudadanía, donde todos tengamos cabida. Nuestras actuales democracias liberales deberían tener en cuenta la pluralidad cultural, haciendo que la estructura social y política sea democrática también en el ámbito cultural.

Derechos civiles, políticos, económicos, culturales y sociales

El desarrollo y la armonización de las diferentes generaciones de derechos, especialmente, aquellos que tienen como base la libertad frente a los que se basan en la igualdad, la emancipación y la solidaridad social está siendo sometido a un dilema ético brutal en tiempos de la Globalización neoliberal. En tiempos de trabajo precario y desregulación de derechos sociales, de tránsito del ciudadano al cliente, de la radicalización del individualismo posesivo hasta el aislamiento más ansiógeno del individualismo de la desposesión, de conversión de lo público en negocio, de la vuelta a las políticas asistencialistas de “pobres” en detrimento de los derechos universales, de la ruptura de la solidaridad social sustituida ahora por la caridad privada, de triunfo de la privacidad sobre la colectividad y en tiempos, en definitiva, de *jaque* a la democracia y a sus vínculos de la integración social.

El capitalismo, con su estructura patrimonialista y jerárquica, ha generado siempre desigualdad sistémica. Pero ahora el capitalismo neoliberal global está siendo cada vez más compulsivo en la generación de desigualdades de todo tipo. No estamos ante una crisis económica convencional o cíclica, sino ante el derrumbe de la última fase de un tipo de capitalismo global neoliberal basado fundamentalmente en la especulación del dinero a partir del dinero. Asistimos a una etapa de cambio social profundo o de tránsito paradigmático. Por lo tanto, no estamos ante una cuestión meramente técnica de medidas económicas a adoptar (necesarias por otra parte en la coyuntura actual), sino ante un debate ideológico sobre el modelo político en el que esta última fase del capitalismo se ha asentado, que de momento camina hacia la opulencia de lo privado y la pobreza de lo público.

El último *Informe mundial sobre la protección social* que acaba de hacer pública la *Organización Internacional del Trabajo* (OIT)² hace un triste balance del desarrollo de los derechos sociales y de las políticas públicas propias de los Estados de Bienestar. El 55% de la población mundial (alrededor de 4.000 millones de personas) no tiene ningún tipo de acceso a la protección social. Solo el 22% de los pa-

² *Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019: La protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible*: www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_602867/.../index.htm

rados tiene derecho al seguro de desempleo, y menos del 70% de las personas en edad de jubilación cobran una pensión pública, aunque la cantidad que percibe la mayor parte de ellas no les basta para salir de la pobreza. Solo el 45% de la población mundial se beneficia de al menos un capítulo de la protección social; 152 millones de parados no tienen ningún seguro vinculado con esa situación para sobrevivir. En el año 2016, 24,9 millones de personas han estado sometidas a algún tipo de trabajo forzoso o en situación de semi-esclavitud. Solo 41,1 por ciento de las madres de recién nacidos perciben una prestación por maternidad, y 83 millones de las nuevas madres no tienen cobertura.

Según la OIT, la protección social es un derecho humano definido como un conjunto de políticas y programas diseñados para reducir y prevenir la pobreza, las contingencias de riesgo y la vulnerabilidad en todo el ciclo de la vida: educación, sanidad, pensiones públicas, seguridad social, protección del trabajo y las condiciones dignas del mismo, ayudas a las situaciones de las personas con dependencia.

Las promesas utópicas de la protección social, de la solidaridad intergeneracional y de la universalización de los derechos de emancipación social y de redistribución económica fue una seña de identidad de los Estados de Bienestar desarrollados en la segunda mitad del siglo XX. Sin embargo, la revolución neoconservadora y la irrupción del proceso de la globalización neoliberal ha cambiado las reglas del juego. A partir de la década de los años ochenta del siglo XX se comienza a introducir un ajuste en el constitucionalismo material de los derechos, que está suponiendo un verdadero cambio fundacional. Ahora tenemos la certeza de que desde comienzos del siglo XXI estamos perdiendo muchos de los elementos éticos y estéticos conquistados durante los dos siglos anteriores. La lógica del beneficio sin límite está destruyendo las bases de la solidaridad social y del orden moral que lo sustentaba. Se están quebrando algunos de los consensos básicos de la Modernidad y, con ellos algunas de las conquistas sociales plasmadas en el reconocimiento y la garantía de los Derechos Humanos fundamentales, las libertades públicas y derechos sociales.

Cuando se habla de la actual globalización debemos tener presente que se trata también de una construcción ideológica y no solo de la descripción de un nuevo entorno económico y social. Porque consta-

tar el aumento de los intercambios mundiales, el papel de las nuevas tecnologías, la inmediatez de las comunicaciones, la multipolarización del sistema de producción, la digitalización e, incluso, la robotización del trabajo y de la vida, es una cosa; pero decir que la economía debe escapar de los controles políticos o prescribir la desregulación en diferentes ámbitos es otra muy distinta. Esto último no responde a un determinismo tecnológico, sino que es una prescripción ideológica. Se sustituye en este caso una descripción empírica exacta por una interpretación errónea e ilegítima. La totalización o globalización monopólica de los mercados no está predeterminada por la revolución de las nuevas tecnologías, aunque éstas lo faciliten. Está prescrita ideológicamente.

Intervenciones humanitarias, derechos y discurso neoliberal: el humanitarismo en crisis

Las últimas décadas de guerras civiles y de limpieza étnica han puesto de manifiesto que, en muchas ocasiones, las organizaciones humanitarias han traicionado sus principios básicos y se han alejado de su propósito original. Fundamentalmente han dejado atrás su principio de neutralidad política e ideológica para animar a la comunidad internacional a tomar partido con el fin de detener las guerras civiles y la limpieza étnica. Esto tiene un coste muy alto, porque la falta de neutralidad supone el riesgo de no poder llegar hasta las víctimas; y, además, implica que poderes mayores puedan usar a las organizaciones humanitarias para otros propósitos, convirtiéndolas, parafraseando a David Rieff, en “subcontratistas del esfuerzo bélico de distintas potencias de la OTAN” (Rieff, 2003)³. Pero el mayor coste afecta a la propia credibilidad de la doctrina de los Derechos Humanos, en nombre de la cual se legitima la intervención humanitaria.

³ Véase, David Rieff, *Una cama por la noche. El humanitarismo en crisis*, Ed. Taurus, Madrid, 2003. Rieff defiende reiteradamente que para que el humanitarismo pueda dedicarse a aliviar el sufrimiento de las víctimas ha de reclamar su independencia, de lo contrario entran en una posición imposible. Es vital que la acción humanitaria sea consciente de sus fronteras morales.

La cuestión ahora, después de las intervenciones en Irak y Afganistán, sigue siendo la misma: ¿Constituyen los Derechos Humanos y las cuestiones humanitarias razones legítimas para intervenir un país? ¿Es este asalto a la soberanía nacional una excusa para la recolonización de parte del mundo? ¿Qué papel deberían desempeñar las Naciones Unidas en la solución de las crisis humanitarias? ¿Necesitamos “una nueva era de intervencionismo progresista” o de un “nuevo humanismo militar”, como lo denominó Noam Chomsky (2002)⁴, que imponga la democracia a punta de pistola?

Frecuentemente existe una considerable superposición de premisas morales e ideológicas entre las fuerzas militares y los administradores civiles de una intervención y los organismos humanitarios, de Derechos Humanos y de desarrollo, que en nada contribuye a paliar el sufrimiento humano de las víctimas y que, a veces, confunde a éstas con sus victimarios. Sino todo lo contrario: pude contribuir a nuevas formas de colonialismo del siglo XXI, justificadas por un mal entendido humanitarismo y por el respeto al imperio de la ley.

Conclusión

El progreso científico-técnico y el progreso moral no van necesariamente de la mano. Por ello el programa de ético plasmado hace 70 años en la Declaración Universal de Derechos Humanos debe seguir siendo un instrumento de lucha y de conquista por una vida digna para todos los seres humanos. Junto a los imparables avances tecnológicos y científicos positivos, las brechas sociales siguen existiendo e incluso creciendo. Las desigualdades por género, por edad, por estatus socio-económico, por etnia/cultura, por creencias religiosas y/o ideología (lo que se denomina “discriminación múltiple”) siguen siendo importantes y aún se muestran más acusadas en colectivos específicos de población.

La lucha contra la desigualdad y la pobreza sigue siendo esencial y se está convirtiendo en uno de los mayores retos políticos en el siglo

⁴ Véase Noam Chomsky, *El nuevo humanismo militar: Lecciones de Kosovo*, Ed. Siglo XXI, 2002, quien plantea la duda de si realmente el actual Humanismo está guiado por puras razones humanitarias o por intereses de poder y económicos.

XXI. Se hace necesario ahondar en la construcción de una sociedad que revierta esa situación para hacer efectivo el igual respeto a la dignidad de todo ser humano. Los Derechos Humanos siguen siendo un instrumento de lucha por la emancipación de cualquier mecanismo de poder y/o dominación. El respeto y la protección jurídica de los Derechos Humanos sigue siendo el mejor límite contra la concentración y el abuso de poder (Ferrajoli, 2011)⁵.

⁵ Cfr. Luigi Ferrajoli, Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional, (Prólogo y traducción Perfecto Andrés Ibáñez). Madrid, España: Trotta, 2011, para quien, recordando a Montesquieu, es un dato de la experiencia que los poderes, libres de límites y controles, tienden a concentrarse y acumularse en formas absolutas: a convertirse, a falta de reglas, en poderes salvajes. De ahí la necesidad no solo de defender, sino también de repensar y refundar el sistema de garantías constitucionales de los derechos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos entre o Universalismo e o Culturalismo: Mulheres de Atenas ou Geni?

Marília Alves de Carvalho e Silva¹

Em célebre passagem de seu livro “A Elite do Atraso”, Jessé Souza traça um paralelo entre o Estado corrupto e a figura de Geni, eternizada na canção homônima de Chico Buarque. Personagem da peça teatral *Ópera do Malandro* (1978), Geni é o alvo de todo o preconceito e amargura da cidade pelo fato de ela ser travesti e prostituta, o que a faria “gostar de apanhar” e ser “boa de cuspir”. O ímpeto de justificar uma situação com um motivo que não é a sua verdadeira causa faz com que Souza compare a corrupção à Geni, uma vez que, desviando o alvo da atenção para a corrupção, é mais fácil ocultar os reais fatores que culminaram na atual situação política e social do Brasil.

Paradoxalmente, a citada situação crítica vivida pelo Brasil e por muitos países do globo coincide com o advento dos setenta anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em 1948. Este diploma surgiu no período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial, momento em que se evidenciou a necessidade de um documento capaz de proteger todas e todos das atrocidades que o mundo havia assistido. Contudo, a ambição de universalidade permitiu que uma pretensa neutralidade axiológica mascarasse mecanismos que podem servir tanto para a promoção dos direitos humanos quanto para a manutenção das desigualdades, dentre os quais se destaca o culturalismo.

Sendo assim, como compreender o multiculturalismo a partir dos valores universalistas consagrados no documento? A complementa-

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (Brasil). Pesquisadora do grupo de investigação de Direito e Cinema da mesma Universidade. Assistente de ensino na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (Brasil). Membro da Comissão de Direito Homoafetivo da OAB/RJ (Brasil). Advogada.

ridade entre os direitos é uma realidade? A abstração dos direitos humanos permite que sejam desviados para outros fins? São estas as reflexões que o presente texto pretende problematizar. Mais do que uma tentativa inócua de fechar respostas, o que se busca é trazer a visão de alguém que vive na América Latina e sente diuturnamente as contradições e desigualdades, possibilitando uma leitura da Declaração de 1948 que não permaneça afastada do marco sociocultural do Sul, mas a convide para brindar seus setenta anos em nossa casa.

Historicizar para visibilizar: a importância do contexto

A busca por uma forma compreender o mundo a partir do Sul não impede a utilização de um marco teórico europeu, sobretudo quando o autor em questão sempre lutou por um direito contextualizando e evidenciou que teorias pretensamente neutras são instrumentos de dominação. Essa foi a missão de Joaquín Herrera Flores, filósofo sevilhano que, apesar das raízes europeias, fez crescer com sua obra uma árvore que recebeu ventos latino-americanos, ou, nas palavras da professora Carol Proner (2008: 11): *“Igualmente importante fue el diálogo que estableció con el pensamiento latinoamericano y con las prácticas libertarias propuestas por filósofos de formación cristiana frente a situaciones concretas de violación de derechos”*.

Justificada a opção pelo autor supracitado, o presente ponto destina-se a desenvolver o primeiro compromisso de Herrera Flores: visibilizar que o direito é um produto cultural construído a partir de um marco sociocultural. A Declaração Universal dos Direitos Humanos segue tal lógica, o que faz com que seja necessário expor brevemente o contexto e a finalidade que foi gestada.

Nascida no ano de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos reflete uma reação ao período histórico que lhe antecedeu. A Primeira Guerra Mundial, a Segunda Grande Guerra, a gestação da Guerra Fria, somadas ao holocausto criaram um cenário de absoluta barbárie, no qual pessoas foram exterminadas, humilhadas e vitimadas pelo simples fato de terem nascido em uma região, possuírem características ou comungarem de uma religião ou ideologia.

Então, no dia 10 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas anunciou a criação de um documento que teria a fi-

nalidade de mudar o cenário de violação da dignidade, estabelecendo em seu artigo I o seguinte: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade” (ONU, 1945). Apesar de ter sido aprovado por unanimidade, os países comunistas, a Arábia Saudita e a África do Sul se abstiveram da votação.

Analisando o artigo acima, é possível perceber forte influência dos ideais da Revolução Francesa. Contudo, a igualdade, liberdade e fraternidade que se buscava naquele momento diferenciam-se bastante das necessidades atuais. Em um contexto de pós-guerras a preocupação latente era com a igualdade formal, liberdade abstrata e solidariedade entre aqueles que possuíam alianças.

Apesar de ter tido importância naquele contexto, seguir fazendo uma leitura abstrata da Declaração corresponde a compactuar com a exclusão de países do Sul e de pessoas que nunca souberam o real significado de “igualdade, liberdade e fraternidade”. Baluartes de uma revolução burguesa, estes ideais atualmente se prestam a ocultar uma massa que foi soterrada pela economia de mercado e globalização capitalista.

Considerar que os direitos estão garantidos pelo simples fato de sermos humanos, o que se aproxima de uma visão jusnaturalista, é uma ficção jurídica. Se oculta que aqueles “dotados de razão e consciência” eram os homens, proprietários, brancos, livres e cristãos, o que demonstra que a suposta universalidade dos direitos humanos não era de fato universal e foi como uma forma de legitimação da exclusão.

Surge, então, o culturalismo como uma espécie de reação ao universalismo. De acordo com Souza: “O culturalismo tornou-se uma espécie de ‘senso comum internacional’ para a explicação das diferenças sociais e de desenvolvimento relativo do mundo inteiro” (Souza, 2017: 16). A afirmação gera a necessidade de analisar melhor o fenômeno.

Desestabilizar para refazer: a importância de romper com as certezas

Conforme observado, o universalismo consagrado na Declaração de 1948 serviu para ocultar desigualdades e consubstanciou a grande ficção de legitimação da modernidade. A percepção de que a igualdade, a fraternidade e a liberdade eram garantidas apenas nos textos evidenciou a necessidade de um direito à diferença.

Dentre os pensadores que se inserem na tentativa de pensar a diferença, teve grande relevo o historiador, sociólogo e jornalista Sérgio Buarque de Holanda. Em seu livro *Raízes do Brasil*, ele analisa a formação da sociedade brasileira, respondendo o que Jessé Souza considera as “três grandes questões que desafiam indivíduos e sociedades: De onde viemos? Quem somos? Para onde (provavelmente) vamos?” (idem: 8).

Ocorre que, na visão de Souza, ao buscar responder tais questionamentos, o historiador criou outra forma de legitimação para a dominação oligárquica. Enquanto o universalismo homogeniza, criando a falsa sensação de que todos somos iguais, o culturalismo foca no estoque cultural herdado para “justificar” as diferenças.

Dessa forma, o culturalismo cria um suposto novo paradigma, engendrando um horizonte histórico que veio substituir o racismo, mas sem alterar os seus pressupostos. Na visão de Souza, assim como o racismo, o culturalismo também hierarquiza seres humanos, classes e países, garantindo uma suposta superioridade àqueles que estariam no que se construiu como o topo, legitimando e naturalizando a dominação.

Nesse ponto, Souza e Herrera Flores compartilham a compreensão de que a forma como pensamos e atuamos no mundo é construída, e os tijolos sobre os quais se erige são determinados por quem detém o poder, que sempre está nas mãos das elites dominantes. Assim, se no momento de assinatura da Declaração de 1948 o controle era exercido pelos homens brancos, proprietários, cristãos e livres, no aniversário de setenta anos do documento os detentores do poder não mudaram muito, apenas ganharam uma legitimação alternativa e tem o aparato midiático como um importante elemento.

O grande perigo de tal visão de mundo construída é o fato de ela ser tão naturalizada que retira a capacidade de reflexão, e por isso o jusfilósofo sevilhano afirmava que toda suposta neutralidade se presta a ocultar valores e ideologias dominantes. Ou, nos dizeres de Souza, “Colonizar o espírito e as ideias de alguém é o primeiro passo para controlar seu corpo e seu espírito” (idem: 24).

Foi essa mentalidade que permitiu a disseminação da noção de brasileiro genérico, que se manifesta como o “homem cordial” de Sérgio Buarque e sustenta o que DaMatta denominou “jeitinho brasileiro”, criações que tornam invisíveis as diferenças de classes sociais. Seguindo a lógica da dominação simbólica, o culturalismo foi e ainda é um instrumento de colonização da população brasileira, com o agravante de que na atualidade ainda serviria para legitimar os ataques contra os governos populares.

Portanto, é preciso compreender tanto o culturalismo quanto o universalismo sem ingenuidade e de forma contextualizada, abandonando a confortável certeza de que basta uma leitura supostamente multicultural para romper com o universalismo abstrato dos direitos humanos. No processo de construção e reconstrução do mundo, faz-se necessário não apenas visibilizar, mas também honrar o segundo compromisso de Herrera Flores: desestabilizar institutos e conceitos que podem ter sua finalidade deturpada em outra conjuntura, o que nos encaminha para o seu terceiro compromisso.

Transformar para efetivar: a urgência de uma leitura integrada e menos ambivalente

Pensados de forma acrítica, universalismo e culturalismo são duas faces de uma mesma moeda que vale a vida de muitas minorias que até hoje desconhecem os direitos enunciados pela Declaração Universal. Aparentemente diametralmente oposto ao racismo, o culturalismo cumpriria na prática a mesma função de hierarquizar.

A consequência prática de internalizarmos o “homem cordial” e seu “jeitinho brasileiro”, é que aceitamos ficar na base da hierarquia por nos enquadrarmos na figura de vira-lata do mundo e reproduzimos a visão do brasileiro como natural e potencialmente corrupto. Com isso, surge a ideia da corrupção como a “Geni”, conforme metá-

fora de Souza: “Mas Sérgio Buarque não para aí [...]. Ele cria muito especialmente a “Geni” brasileira —para usar um termo do filho, este verdadeiramente brilhante— que seria o Estado sempre corrupto” (idem: 32/33). O reflexo mais atual desse processo culminou no golpe de 2016 e serve de base para todas as medidas ilegítimas supostamente contra a corrupção.

Está criado o cenário perfeito para que o discurso ambíguo dos direitos humanos seja utilizado para outros fins. A partir do momento que o Estado é demonizado, o mercado passa a ser exaltado como um espaço livre da corrupção, que permitiria aos indivíduos o exercício da liberdade. E assim é retomada a ideologia da igualdade formal, presente no discurso ambivalente da Declaração Universal, ocultando novamente que o neoliberalismo e a globalização capitalista tem como característica um intenso processo de deslocalização que permite a captura do mercado por oligopólios.

Ao ocultar nossa gênese escravista e justificar a situação do Brasil com a farsa de que o Estado é naturalmente corrupto, permitimos que as intervenções humanitárias e a racionalidade neoliberal exerçam uma recolonização mascarada. E a compreensão fragmentada e ambivalente dos direitos humanos se constitui como a máscara perfeita.

Daí surge a necessidade de compreender verdadeiramente a interdependência, indivisibilidade e inter-relação dos direitos civis, políticos, econômicos, culturais e sociais, questionando a sua divisão em gerações. Apesar da finalidade didática, a abordagem compartimentada pode induzir a pensar que já foram conquistados os direitos das fases antecedentes, o que é um erro. Na lição de Herrera Flores:

Partiendo que la lucha por la dignidad debe tener un carácter global —y reconociendo alguna virtualidad “pedagógica” a la teoría de las generaciones de derechos— nos vemos, pues, en la necesidad de complementarla con otra que se centra en analizar las generaciones de problemas y de luchas (2008: 63/64).

Seguindo a linha de raciocínio exposta, para transformar a realidade de exclusão é imperioso repensar tanto a universalidade quanto o culturalismo de modo não colonial. Para tanto, a contextualização é fundamental para permitir que os direitos humanos sejam concebidos como processos de luta em contínua construção.

Considerações finais

As intensas e numerosas transformações que o mundo vivenciou nos últimos setenta anos impõem a necessidade de adaptação das formas de interpretar e aplicar o direito. Quando se tratam de normas mais abstratas e ambivalentes, como as que regulamentam os direitos humanos, tal tarefa se torna ainda mais essencial, uma vez que a compreensão acrítica pode servir à finalidade oposta.

O primeiro passo para uma leitura crítica é enxergar que os produtos culturais, dentre os quais está o direito, se inserem em um determinado contexto. Feito isso, é imperioso desestabilizar tanto o culturalismo quanto o universalismo, que podem se converter em ficções de legitimação que ocultam estratégias de dominação. Em um momento como o atual, marcado pelo neoliberalismo e sua racionalidade de mercado, partir da pretensa igualdade proclamada na Declaração de 1948 corresponde a esquecer as multidões que sofrem com os mais diversos efeitos dessa lógica excludente. Para transformar este cenário, é preciso ainda interpretar o documento de forma integrada, uma vez que a sua leitura fragmentada pode gerar ambiguidades e tautologias.

Tudo isso só é possível se estivermos conscientes da realidade vivida pelos excluídos, atentos para ouvir os seus anseios e dispostos a participar dos processos de lutas pelos direitos. Herrera Flores já destacava a importância de um “universalismo de chegada”, que se opõe ao “universalismo de partida” presente na declaração, e consiste nessa busca por atender as pessoas dentro do contexto em que se inserem.

Sendo assim, para comemorar os setenta anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que teve sua importância naquele momento do passado, fica o convite da educadora Giuliana Henriques: “E a gente ainda não aprendeu a aceitar, a respeitar essa multiplicidade [...] Vamos lá pra ouvir? Vamos lá para ver?”².

² Documentário “Moldado em Água: Retratos do Baixo Tapajós”, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=XGoec6fl-aw&t=19s>. Acesso em dez. 2017.

A Declaração Universal sob a Óptica Decolonial: o Paradoxo da Defesa de Populações Dominadas através de Invasões Militares no Contexto Neoliberal

Marina Faraco¹
Felipe Daier²

Introdução

O presente trabalho volta-se à análise de um possível enfrentamento e produção de discurso contra violações a Direitos Humanos a partir de uma lógica decolonial, inserida num contexto global de imperialismo e da égide neoliberal, na qual ocorrem diferentes formas de invasão por forças militares de nações ricas a países cuja população se vê dominada por regimes ditatoriais, normalmente num contexto posterior às respectivas independências políticas, questionáveis no sentido de sua sujeição econômica em relação ao Norte.

No ano em que a Declaração Universal dos Direitos Humanos completa 70 anos, a reflexão se faz necessária para repensar sua importância, sem deixar de problematizá-la no campo da eficácia e das narrativas majoritárias quando se trata de ações práticas, como intervenções humanitárias em tempo de Guerra e desastres naturais.

¹ Doutora e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP (Brasil). Professora da Faculdade de Direito da PUC/SP (Brasil).

² Advogado. Assistente voluntário da disciplina de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da PUC/SP. Membro do Grupo de Pesquisa sobre a proteção internacional de minorias e do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Multiculturalismo e decolonialidade: a universalidade dos Direitos Humanos num mundo diverso

É necessário, inicialmente, compreender o que se entende por uma perspectiva decolonial de enfrentamento a violações a Direitos Humanos, bem como qual a relação entre o colonialismo e as violações globais e locais que hoje se verificam, fruto, em grande parte, do passado colonial e dos ditos processos de democratização das ex-colônias, com amplo financiamento de forças internacionais do capital.

Opta-se, aqui, pelo uso do termo decolonial, e não descolonial, pelos mesmos motivos que o faz Catherine Walsh, referida por Thais Colaço e Eloise da Silveira:

Para salientar que a intenção não é desfazer o colonial ou revertê-lo, ou seja, superar o momento colonial pelo momento pós-colonial. A intenção é provocar um posicionamento contínuo de transgredir e insurgir. O decolonial implica, portanto, em uma luta contínua (2012: 8).

A modernidade e a racionalidade, conforme Aníbal Quijano, sociólogo introdutor do conceito de colonialidade, “foram imaginadas como experiências e produtos exclusivamente europeus” (2005: 122), ocorrendo uma codificação entre Europa Ocidental e o restante do mundo “num jogo inteiro de novas categorias: Oriente-Occidente, primitivo-civilizado, mágico-mítico-científico, irracional-racional, tradicional-moderno. Em suma, Europa e não-Europa” (idem).

A universalidade proposta pela Declaração, deste modo, tem como grande desafio o multiculturalismo. Como garantir a proteção equitativa e universal dos direitos humanos num contexto de enfrentamento entre culturas?

O desenvolvimento de sistemas regionais e internacionais de proteção, com a criação de Cortes com competência e jurisdição para aplicar as convenções em que fundadas, desenvolvendo uma interpretação unívoca e vinculante de tais direitos para todos os países a elas subordinadas mostra-se, hoje, como um importante mecanismo para garantir a universalidade dos direitos humanos diante de culturas contrapostas, apesar da problemática ao entorno da efetividade dessas decisões.

Direitos civis, políticos, econômicos, culturais e sociais: a busca pela complementariedade pós-Conferência de Viena

Dentro do contexto deste desenvolvimento dos sistemas de proteção aos Direitos Humanos, nota-se que a complementariedade entre direitos civis, políticos, econômicos, culturais e sociais almejada no contexto do pós-Conferência de Viena, num mundo globalizado e vivendo sob os efeitos do neoliberalismo, permanece um desafio ainda em construção. Isto porque, no âmbito da sociedade neoliberal, estes direitos diariamente são dilapidados por uma valorização primordial do lucro acima da figura humana.

A universalização dos Direitos Humanos, grande parte por responsabilidade da ratificação de tratados internacionais, em especial no âmbito de organizações internacionais, também acabou por homogeneizar a figura do destinatário destes direitos, ou seja, planificou culturas, sistemas políticos e sociedades, entendendo todos como iguais, mas em um mundo marcadamente desigual, de controle pelas nações ricas dos meios de produção das nações pobres.

O amplo debate, que se estende bem antes de a Declaração Universal dos Direitos Humanos completar seus 70 anos, acerca do maniqueísmo relativistas versus universalistas, hoje já não se mostra eficiente para propor um diálogo e efetivar os dispositivos do documento, que, a despeito disso, continua possuindo extrema importância do ponto de vista da garantia desses direitos.

Neste contexto, Angela Jank Calixto e Luciana Coimbra de Carvalho, propõem um importante debate sobre a necessidade de alteridade, de respeito mútuo entre culturas muitas vezes divergentes, dentro da lógica do transconstitucionalismo e de reconstrução do constitucionalismo global, na linha do que defende Marcelo Neves, desde 2009.

Desta forma, através de um esforço em se respeitar contextos de diversidade global, dentro da lógica universalizante das Declarações de Direitos Humanos, seria possível gradativamente estabelecer conexões entre diferentes culturas, sem que se fragmente a lógica de proteção aos direitos humanos.

Neoliberalismo e “intervenções humanitárias” sob o discurso do civilizado europeu vs. o “oriental”

O entendimento acerca da lógica de justificação das ditas intervenções humanitárias por nações ricas a países compreendidos sob uma ótica orientalista como não civilizados perpassa o conhecimento do processo de construção do Estado liberal “europeu”:

A construção do Estado liberal “europeu” (europeu no sentido amplo) foi o fato político principal do século XIX e a contrapartida fundamental da já consumada conquista europeia do mundo inteiro, baseada no racismo teorizado. Chamo a isto de institucionalização da ideologia liberal, como geocultura da economia mundial capitalista (Wallerstein, 1997/1998: 255).

Este é um ponto de partida importante na reflexão sobre o marco da Declaração Universal dos Direitos Humanos e seus 70 anos, que em determinados aspectos, dentro da égide neoliberal, foi usada como subterfúgio para legitimação de processos de civilidade, racionalidade, modernidade, em regiões cujas violações a Direitos Humanos em grande parte se originam justamente de países com maior força dentro de organismos internacionais com poder decisório para autorizar o que aqui se entende por invasões a nações formadas após a Conferência de Berlim, no caso do continente africano, dentre outros processos de dita independência das ex-colônias.

No século XXI essa posição é protagonizada pelos Estados Unidos que, embora não tenham se tornado o império mundial até o século XX (Said, 1990: 298), “durante o século XIX o país esteve preocupado com o Oriente de maneiras que o preparariam para seu papel posterior, abertamente imperial”, conforme Edward Said.

Após a II Guerra Mundial, a hegemonia do capital norte americano foi estabelecida globalmente, selou-se a Pax Americana com o Acordo de Bretton Woods, fixando-se a taxa de câmbio na maior parte dos países capitalistas para o dólar norte americano, bem como se estabeleceu o dólar como moeda internacional de reserva (Roberts, 2016: 59).

Conclusão

No âmbito da comemoração dos 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, problematizar o seu marco, refletindo acerca da sociedade no qual ela está inserida hoje, se mostra urgente num panorama de conflitos e desigualdade socioeconômica estrutural, provocados por responsabilidade de um modo neoliberal de vida humana que se impõe, com consumo desenfreado, desvalorização do indivíduo e freios a quaisquer tentativas de alteração destes quadros.

A dissolução de culturas provocada pela globalização e, consequentemente, pela lógica de se entender a defesa dos Direitos Humanos por meio do binarismo Ocidente, Oriente; civilizado, não civilizado, precisa ser refletida para que ocorra um giro na forma como pensamos essa defesa hoje.

A adoção de compromissos em matéria de Direitos Humanos pelas nações ricas e hegemônicas é percebida, atualmente, como uma postura que visa a ocultar lógicas muitas vezes de opressão e dominação contra culturas minoritárias e países pobres, cujas intervenções pelas forças armadas nacionais e internacionais, no âmbito do Direito Internacional Humanitário, quase que em regra não requer muito para entrar de forma questionável em seus territórios, causando violações inerentemente relacionadas à lógica militarizante e belicosa.

É assim que se garante a continuidade da exploração Norte-Sul, impedindo protagonismos e valorização regional, seja da América Latina, Oriente Médio, Ásia ou África ou de grupos sociais historicamente subalternizados no interior de cada uma dessas nações.

Estas regiões, marcadas pelo impacto do colonialismo cultural e econômico, travam uma disputa por protagonismo nos debates sobre direitos humanos, em que sempre se verificou uma universalização que, em realidade, possuía um traço único e fechado: sempre europeu, branco, masculino e ocidental, responsável em grande parte pelas falhas que podemos apontar nestes 70 anos. Busca-se, assim, lutar contra este quadro, a partir de uma problematização constante, não apenas no campo teórico, mas, eminentemente prático.

La responsabilidad para proteger como norma prescriptiva y la selectividad del intervencionismo humanitario: un análisis comparado¹

Mario Ureña²
Lucia Carcano³

¿Ha logrado la Responsabilidad para Proteger prescribir un intervencionismo humanitario más justo? Esta pregunta parte por entender a la Responsabilidad para Proteger como una norma prescriptiva, es decir, una norma que más que prohibir o permitir el comportamiento de un actor (normas de proscripción o normas permisivas) es un tipo de norma emergente que conduce a los actores a (re)constituir sus intereses para establecer preferencias que los guíen a buscar respuestas contenidas de significado⁴. Uno de los cometidos principales de la Responsabilidad de Proteger es el de matizar la preponderancia del interés nacional de los Estados para que ellos privilegien la protección

¹ La presente contribución hace parte del proyecto de investigación: “Principios de armonización entre la función y alcance de la Justicia Internacional y las demandas surgidas en los procesos políticos de transición” (2017-2018), financiado por el Centro de Gestión del Conocimiento y la Innovación de la Universidad del Rosario y adscrito a la línea de investigación “Crítica al Derecho internacional desde fundamentos filosóficos” del grupo de investigación en Derecho internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Colombia).

² Candidato a doctor en Derecho, Universidad del Rosario. Estudios de doctorado en Ciencia Política, Universidad de Quebec en Montreal. Magíster en Geopolítica y Seguridad Global, Universidad de Roma "La Sapienza". Politólogo, Universidad Nacional de Colombia. Profesor Universidades Externado de Colombia y La Gran Colombia.

³ Joven Investigadora de la Universidad del Rosario (Colombia). Abogada de la Universidad del Rosario, ex miembro de la Clínica Jurídica Internacional de la Universidad del Rosario.

⁴ Esta definición de norma prescriptiva es construida por los autores con base en la definición de Luke Glanville (2003, p. 6).

de las poblaciones más vulnerables independiente de la importancia geopolítica o económica de la región en la que estas se encuentren.

La idea central de este capítulo afirma que la Responsabilidad para Proteger ha tenido una influencia neutra en la selectividad de las intervenciones humanitarias. Para probar esta idea se realizará un análisis comparado entre los casos de Libia y Myanmar como contextos opuestos en lo concerniente al interés de la ONU y sus órganos para intervenir en uno u otro lugar después de la entrada en vigor de la norma de la Responsabilidad para Proteger. El enfoque teórico subyacente a esta investigación será el constructivismo centrado en las normas.

Este capítulo se dividirá en tres partes. En la primera parte, se hará el proceso de reconstrucción de la Responsabilidad para Proteger como una norma prescriptiva. En la segunda parte, se hará el análisis comparado entre Libia y Myanmar como escenarios efectivos y potenciales de intervenciones humanitarias. En la tercera parte, se ofrecerá un análisis sobre el contraste entre los estudios de caso seleccionados.

La Responsabilidad para Proteger: la construcción de una norma prescriptiva

La caída del muro de Berlín en 1989 conllevó a una serie de cambios en el sistema internacional con respecto al paradigma orientador de la política exterior de los Estados hegemónicos. El posicionamiento de los valores democráticos como eje del discurso dominante reemplazó a la dialéctica capitalismo-comunismo imperante durante la Guerra Fría. Las transformaciones discursivas “desde arriba” coincidieron con una proliferación de conflictos armados de preeminencia intraestatal. La disolución de la Unión Soviética y del socialismo real se presentó como una de las causas principales de este nuevo contexto de belicosidad, particularmente en los países de la periferia. Dicha modificación en el tipo de conflictos contrajo una cruda realidad consigo: la proporción entre víctimas civiles y aquellos que participaron directamente en hostilidades fue de diez a uno (en la Primera Guerra Mundial esta proporción era de uno a diez) (David, 2013, p. 105).

La década de 1990 fue testigo de crisis humanitarias de gran envergadura como las ocurridas en la extinta Yugoslavia y en Ruanda. La limpieza étnica y el genocidio que tuvieron lugar en cada lugar, sumado a otros conflictos con serias consecuencias para la población civil en África y Asia urgieron por una adecuada reacción de parte de los líderes mundiales. La Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) lanzó una ofensiva de bombardeos en contra de las milicias serbias que masacraban civiles en Kosovo. Lo ocurrido en ese territorio abrió el debate sobre la ponderación entre el artículo 2.4 y el 51 de la carta de la ONU sobre intervenciones hechas por organizaciones regionales para poner término por la fuerza a catástrofes humanitarias (Momtaz, 2000).

Pocos meses después de la intervención de la OTAN en Kosovo, el secretario de la ONU, Kofi Annan expuso una reflexión sobre el dilema que encerraba la intervención humanitaria. De un lado, él preguntaba, si “¿Es legítimo para una organización regional usar la fuerza sin un mandato de la ONU? Del otro lado se interrogaba si “¿Es permisible dejar que una notable y sistemática violación de los derechos humanos, con graves repercusiones humanitarias, continúe sin resolverse?” (Citado en Bellamy, 2006, p. 143). En opinión de Djamchid Momatz, el reconocimiento que podrían obtener las organizaciones regionales para recurrir a la fuerza armada en casos de crisis humanitarias era una cuestión de suma preocupación. Para este académico, este reconocimiento “no haría otra cosa que crear un simple ‘derecho de injerencia humanitaria’ en favor de esas organizaciones regionales, que quedarían libres de recurrir a la fuerza de manera selectiva” (2000).

En septiembre de 1999, Annan presentó su reporte anual a la Asamblea General de la ONU en el cual hizo un llamado a la sociedad internacional para pensar prospectivamente en la seguridad humana y en la intervención del próximo siglo a fin de evitar “futuros Kosovos” y “futuras Ruandas”. Al referirse a estos dos casos, el Secretario General hacía alusión a casos en los que el Consejo de Seguridad (UNSC) consideraba actuar, pero esta acción terminaba en una sin salida con relación a cuándo intervenir para evitar la degradación de una crisis humanitaria (Kosovo) o a casos en los que el UNSC ni siquiera consideraba seriamente tomar acción ante crímenes como el genocidio, el asesinato en masa y/o la limpieza étnica

(Ruanda). Annan reiteraría su llamado en su reporte del milenio en el 2000, apuntando a que “si la intervención humanitaria es, de hecho, un asalto inaceptable a la soberanía, ¿cómo deberíamos responder a un Ruanda, a Srebrenica, a una violación grave y sistemática de los derechos humanos que ofende todos los preceptos de nuestra humanidad común?” (United Nations Office on Genocide prevention and Reponsibility to Protect, 2018).

El llamado insistente del Secretario General tuvo como efecto la reconfiguración de la norma prescriptiva de las intervenciones humanitarias hacia lo que ha sido conocido como la Responsabilidad para Proteger. Esta norma surgió de la iniciativa de un panel independiente de académicos y líderes políticos financiado en gran medida por el gobierno canadiense denominado Comisión Internacional sobre la Intervención y la Soberanía de los Estados (CIISE). La CIISE emitió en 2001 un reporte en el que retomaba la idea de Francis Deng de “la soberanía estatal como una responsabilidad” para afirmar que “la soberanía no es solo una noción relativa a la protección contra la interferencia externa, sino que es más bien es una cuestión de Estados que tienen responsabilidades positivas para el bienestar de su población, y para ayudarse mutuamente” (United Nations Office on Genocide prevention and Reponsibility to Protect, 2018).

El reporte de la CIISE “La Responsabilidad para Proteger” elevó a la seguridad humana como una responsabilidad del derecho internacional. Desde la óptica de esta comisión, la “protección humana” es una responsabilidad impuesta a los Estados y que se desprende de la noción misma de soberanía. El reporte por tanto aboga por el paso de una soberanía de “control” (territorial) a una soberanía de “responsabilidad” (protección), ya que “es cada vez más admitido, según el reporte, que la noción de se extiende a los individuos tanto como lo hace hacia los Estados” (2001, p. 7). La norma de la Responsabilidad de Proteger compromete un compromiso político para acabar con las peores formas de violencia y persecución. Esta tiene como objeto “reducir la brecha entre las obligaciones preexistentes de los Estados miembros en virtud del derecho internacional humanitario y de derechos humanos y la realidad a la que se enfrentan las poblaciones en riesgo de genocidio, crímenes de guerra, depuración étnica y crímenes de lesa humanidad” (United Nations Office on Genocide prevention and Reponsibility to Protect, 2018).

En el 2005, los Estados miembros de la ONU suscribieron finalmente el principio de la Responsabilidad para Proteger tras una cumbre de alto nivel que concluyó con un documento de entendimiento. Aunque el concepto adoptado discernía en ciertos aspectos propuestos por la CIISE, lo concerniente a la prevención de las violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario se conservó en buena medida. En concordancia con las reformas de la ONU de 2005 los Estados que no pudiesen o no quisiesen garantizar esta protección no se beneficiarían de la regla de no intervención, consagrada en el parágrafo 7 del artículo 2 de la Carta de la ONU (David, 2013, p. 103). Una intervención que para el CIISE debe responder a 6 criterios esenciales para cumplir con el requisito de legitimidad del uso de la fuerza:

1. Ser lanzada por una autoridad apropiada (ONU u OIG regional)
2. Responder a una “causa justa” (ej. Limpieza étnica, genocidio)
3. Ser fundada por una prueba razonable de una amenaza inminente de pérdidas considerables de vidas humanas
4. Ser ejecutada de manera multilateral o colectiva, más que por un solo país
5. Constituir una acción de último recurso después de haber considerado todas las opciones posibles
6. Utilizar los medios proporcionales al alcance de la provocación inicial, todo dentro de las expectativas razonables de éxito (CIISE, 2001, p. 32).

Además, del documento de entendimiento de 2005 se estableció una estrategia para operacionalizar la norma de la Responsabilidad para Proteger. Tal estrategia toma en cuenta los párrafos 138 y 139 del documento en mención que señalan:

138. Cada Estado tiene la responsabilidad de proteger a sus poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la limpieza étnica y los crímenes de lesa humanidad. Esta responsabilidad implica la prevención de tales crímenes, incluida su incitación, a través de los medios apropiados y necesarios. Aceptamos esa responsabilidad y actuaremos de acuerdo con ella. La comunidad internacional debería, según proceda, alentar y ayudar a los Estados a ejercer esta responsabilidad y apoyar a las Naciones Unidas en el establecimiento de una capacidad de alerta temprana.

139. La comunidad internacional, a través de las Naciones Unidas, también tiene la responsabilidad de utilizar medios diplomáticos, humanitarios y otros medios pacíficos apropiados, de conformidad con los Capítulos VI y VIII de la Carta, para ayudar a proteger a las poblaciones

del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes contra humanidad. En este contexto, estamos dispuestos a tomar medidas colectivas, de manera oportuna y decisiva, a través del Consejo de Seguridad, de conformidad con la Carta, incluido el Capítulo VII, caso por caso y en cooperación con las organizaciones regionales pertinentes, como apropiado, si los medios pacíficos son inadecuados y las autoridades nacionales manifiestamente no protegen a sus poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. Hacemos hincapié en la necesidad de que la Asamblea General continúe considerando la responsabilidad de proteger a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad y sus consecuencias, teniendo en cuenta los principios de la Carta y el derecho internacional. También tenemos la intención de comprometernos, según sea necesario y apropiado, a ayudar a los Estados a desarrollar capacidades para proteger a sus poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad, y ayudar a los que están bajo tensión antes de que estallen crisis y conflictos (A/63/677, 2009, p. 4).

De las directrices fijadas en estos párrafos, el documento de la cumbre plantea una estrategia de tres pilares para dar cumplimiento a la agenda prescrita por los jefes de Estado y de Gobierno que suscribieron este documento: i) la responsabilidad de protección del Estado, ii) la asistencia internacional y la capacidad de construcción y iii) la respuesta oportuna y decisiva. La estrategia propuesta propone una alta valoración de la prevención que, en caso de fallar, es compensada por una respuesta temprana y flexible que se amolda a cada circunstancia. La relación entre los tres pilares, desde la perspectiva del Secretario General, no parte de una sucesión temporal específica ni de una subordinación jerárquica. Para él “como cualquier otro edificio, la estructura de la Responsabilidad para Proteger se basa en el mismo tamaño, la fuerza y la viabilidad de cada uno de los pilares que la soportan” (A/63/677, 2009, p. 2).

La Responsabilidad para Proteger es pues una norma prescriptiva fundamentada en un cuerpo subyacente de obligaciones legales para los Estados, contenida en instrumentos internacionales, o desarrollada a través de las prácticas estatales y en las sentencias de tribunales internacionales. Esta norma refuerza la soberanía de los Estados al ayudarlos a cumplir con sus responsabilidades, ya que ofrece una gama de oportunidades para el sistema de la ONU para asistir a en la prevención de crímenes y violaciones de los derechos de poblaciones

protegidas mediante la capacidad de construcción, las alertas tempranas y otros mecanismos de prevención y protección (United Nations Office on Genocide prevention and Responsibility to Protect, 2018).

Al ser una norma prescriptiva, la Responsabilidad para Proteger halla su razón de ser en la necesidad de prevenir futuras Ruandas o Kosovos al persuadir a los Estados, en especial a quienes tienen mayor capacidad de incidencia en el sistema, de actuar para garantizar la protección de las poblaciones más vulnerables. Un precepto de orden moral que excede cualquier motivación egoísta o interés geopolítico que forzase el regreso de la selectividad a la hora de promover una intervención humanitaria.

Libia y Myanmar: ¿Una nueva manera de selectividad humanitaria?

La doctrina de la responsabilidad para proteger ha permeado la forma de entender la obligación de diferentes órganos de la ONU específicamente el rol del UNSC a la hora de evitar la conformación de nuevas catástrofes humanitarias. Este nuevo rol fue puesto en evidencia al momento de sobrellevar la crisis en Libia en el 2011, rol que no se ha visto reflejado en el caso de Myanmar. Precisamente por esta variable, a continuación, se verá cómo en circunstancias similares la respuesta del UNSC ha sido marcadamente diferente.

Libia

Desde 1969 hasta 2011 Libia estuvo gobernada por Muammar Gaddafi, un líder militar que presidió el golpe de Estado de 1969 al gobierno del Rey Idris I. Por cuarenta años gobernó Libia bajo el sistema Jamahiriya. En el 2011 los ecos de la primavera árabe, que comenzaron en Túnez y se extendieron a Egipto, llegaron a Libia y derivaron en la realización de una serie de revueltas en contra del Gobierno de Gaddafi (CPI, 2011). El gobierno de Gaddafi respondió de forma agresiva a las demostraciones incurriendo en arrestos arbitrarios, persecución política y asesinatos selectivos (CPI, 2011). Paralelo a las demostraciones comenzó lo que sería denominado la primera guerra civil entre fuerzas del ejército y grupos rebeldes, algunos apo-

yados por células de Al Qaeda. La cifra de personas muertas en el conflicto en 2011 oscila entre 2,082 víctimas a 21,490 dependiendo de la fuente (Uppsala, 2018; Daw, M. *et al*, 2015). Algunos estudios establecen que alrededor de 19,700 fueron heridas y 435,000 fueron desplazadas (Daw, M. *et al*, 2015).

La comunidad internacional actuó relativamente rápido en respuesta a estos ataques, el (UNSC) emitió dos resoluciones conforme al capítulo VII de la Carta de San Francisco que pretendían solucionar la crisis en Libia. La primera resolución, la resolución 1970 establece, de conformidad con el artículo 41 de la Carta de San Francisco, una serie de medidas no coercitivas, considerando que existe una situación de grave crisis humanitaria dentro de Libia y “recordando la responsabilidad de las autoridades libias de proteger a su población,” (UNSC, 2011a) que incluyen: la remisión de la situación a la Fiscalía de la CPI, un embargo de armas, la prohibición de viajar, la congelación de activos y solicita a los Estados miembros que cooperen con el Secretario General para facilitar el regreso de las organizaciones que proporcionan ayuda humanitaria.

Tan sólo un mes después de la emisión de la resolución 1970, el UNSC emite la resolución 1973. En esta resolución, el UNSC establece que debido al incumplimiento por parte de Libia de las medidas establecidas en la resolución 1970 autoriza a los Estados a tomar todas las medidas para la protección de civiles, medidas que se pueden realizar de forma unilateral o a través de organizaciones regionales (UNSCb, 2011). Esta resolución fue implementada por la OTAN quien pocos días después comenzó una campaña de bombardeos en contra del gobierno de Gadafi.

Como resultado de la remisión de la situación a la CPI, la fiscalía abrió una investigación y solicitó órdenes de arresto en contra de Muamar Gaddafi, su hijo, Saif Al-Islam Gaddafi y otros miembros de la cúpula del gobierno. La Sala de Cuestiones Preliminares I encontró que había motivos suficientes para creer que había una política de Estado que buscaba detener las revueltas a cualquier costo, incluyendo la utilización de fuerza letal. Además, encontró que se realizaron ataques sistemáticos en contra de la población civil alrededor del territorio de Libia de conformidad con lo establecido en el artículo 7 del Estatuto de la CPI (ECPI). Dentro de las modalidades de crímenes de

lesa humanidad que la corte encontró, había motivos suficientes para creer que incluyen el asesinato, persecución por motivos políticos, y el trato cruel e inhumano. También, la Sala de Cuestiones Preliminares I encontró que Gaddafi y su hijo utilizaron los recursos del Estado para llevar a cabo estos ataques (CPI, 2011). En octubre de 2011 Muamar Gaddafi fue asesinado por rebeldes, mientras que Saif Al-Islam Gaddafi fue detenido por grupos rebeldes, lo que ha impedido su comparecencia ante la CPI.

Myanmar

Dentro del Estado de Myanmar existe una minoría étnica y religiosa denominada Rohingya que habita principalmente el estado de Rakáin en la frontera con Bangladesh, en 2016 se estimaba que vivían alrededor de un millón de personas de esta etnia en Myanmar (The Guardian, 2017). Esta minoría ha sido histórica y sistemáticamente discriminada, desde 1982 no tiene acceso a la ciudadanía, no tienen libertad de movimiento, no tienen acceso a la educación y deben de cumplir cuotas de trabajo forzado (Human Rights Watch, 2000). Esta situación ha derivado a que activistas como Desmond Tutu categoricen esta situación como un crimen de apartheid (Tutu, 2015).

Durante el 2016 hubo una serie de confrontaciones entre un grupo radical Rohingya y la policía de Myanmar que para marzo 2017 se presentaron 423 arrestos, incluyendo niños de 10 años (Cronin-Forman, 2017). En agosto de 2017, el ejército de Myanmar comenzó una serie de operaciones dentro del Estado de Rakáin que destruyeron por completo varias aldeas Rohingya y derivaron en que hubieran 700,000 Rohingyas desplazados en Bangladesh, aproximadamente 70% de la población, para diciembre de 2017 (OHCHR, 2017).

El informe del Alto Comisionado de Derechos Humanos (OHCHR) establece que hay indicios de que la destrucción de las aldeas se hizo por parte del ejército con la finalidad de desplazar a los Rohingyas y garantizar el no retorno de los mismos. También, establece que el ejército atacó a los profesores y líderes culturales y religiosos como una forma de menoscabar su cultura y religión. Lo que generó que el OHCHR denominara esta situación como “una limpieza étnica de libro” (OHCHR, 2017).

Al mismo tiempo también se puede considerar que el desplazamiento violento de esta población y la destrucción de sus medios de vida por el hecho de pertenecer a esta minoría étnica puede considerarse *prima facie* que se cumplen todos los requisitos que conforman el Genocidio, toda vez que de acuerdo con la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio de 1948, “el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial” así como la “lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo” constituyen genocidio cuando se hace con la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Además, el informe del OHCHR también establece como en agosto de 2017 el ejército impidió a los Rohingya el acceso a mercados, clínicas, escuelas y sitios religiosos (OHCHR, 2017).

A pesar de que la crisis humanitaria ha sido denominada internacionalmente como una limpieza étnica y Genocidio, para abril 2018 el UNSC no ha emitido ninguna resolución del tema. La Asamblea General de la ONU emitió en diciembre 2017 una resolución que exhortaba a las autoridades de Myanmar que pusieran fin a las operaciones militares en contra de los Rohingya y que permitieran el regreso pacífico de los refugiados a sus aldeas originales⁵.

Análisis

La responsabilidad para proteger determina que en los casos en que el Estado no es capaz de proteger a su población la comunidad internacional debe intervenir con el propósito de evitar una catástrofe humanitaria. En el caso de Libia se determinó que era necesario aplicar esta doctrina debido a que el Estado no solo no era capaz de detener las violaciones a los derechos humanos, sino que era el principal perpetrador de los mismos. Una vez probado estos hechos, el UNSC autorizó a los Estados a tomar medidas para detener la crisis. Al mismo tiempo en el caso de Myanmar ya existen pruebas de que

⁵ Para más información vid. <http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/2018.shtml> y https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/72/248&referer=http://www.un.org/en/ga/72/resolutions.shtml&Lang=S

el Estado está cometiendo los más graves crímenes internacionales configurándose las condiciones para que se active la doctrina de R2P, aun así, no ha habido ningún pronunciamiento frente a la situación.

En síntesis, la inoperancia del UNSC frente al caso de Myanmar recuerda la actitud que éste sostuvo a principios de los años noventa frente al genocidio de Ruanda y de Srebrenica. Una catástrofe humanitaria que generó tal impacto a nivel internacional que el UNSC tuvo que buscar afrontarla creando, por un lado, tribunales internacionales y paralelamente autorizando la intervención humanitaria en Kosovo para evitar que ahí se repitiera la historia. Estas mismas situaciones generaron la creación de la norma de la Responsabilidad para Proteger, una norma que hoy en día parece ser inocua en el ámbito internacional.

Um Olhar Decolonial sobre os Direitos Humanos

Marta Fernández¹

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) surge em 1948 como uma reação às atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial cuja expressão máxima foi representada pelo Holocausto que, de forma deliberada, exterminou cerca de seis milhões de judeus. Para que tais “atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade” não se repetissem, a Declaração reafirmava a fé na dignidade e no valor da pessoa humana ecoando os ideais universalistas e humanistas evocados pela Revolução Francesa.

Em 2018, quando se comemoram os 70 anos da Declaração, abre-se uma nova oportunidade para refletirmos criticamente sobre os limites e ambiguidades da orientação universalista e humanista dos direitos humanos. Aimé Césaire denuncia o falso universalismo da Revolução Francesa e do discurso dos direitos humanos em geral, pois ao mesmo tempo em que proclamam os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, excluem do seu alcance grande parte da humanidade (ver: Miller, op. cit. Rabaka, 2015; Munro and Shilliam, 2011). Esse foi o caso, por exemplo, dos haitianos, que embora tenham conduzido uma revolução, bem-sucedida em 1804, inspirada pelos princípios supostamente universais da Revolução Francesa, foram aliados da humanidade e, por consequência, privados dos direitos inalienáveis do homem apregoados pela República Francesa (Moreno et al, 2012; Buck-Morss, 2000; Rabaka, 2015). Outro exemplo, contemporâneo à DUDH, que revela as ambiguidades do caráter universal dos direitos humanos, pode ser encontrado na figura de Jan Smuts, um dos principais intelectuais envolvidos na formulação do preâmbulo da Carta

¹ Professora Adjunta e atual Diretora do Instituto de Relações Internacionais da PUC-Rio. Possui doutorado em Relações Internacionais pelo Instituto de Relações Internacionais da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2011) com bolsa sanduíche da CAPES na Universidade de St. Andrews, Escócia (2010).

das Nações Unidas onde se lê o compromisso da Organização com a promoção dos direitos humanos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, mas que, simultaneamente, era Primeiro Ministro do governo racista da África do Sul que tornou os negros estrangeiros no seu próprio país (Ngcoya, 2015).

Um movimento importante para a ressignificação dos direitos humanos na direção de um universalismo de fato inclusivo e democrático que reconheça o direito das diferentes culturas e modos de vida, implica em problematizar sua gênese e genealogia ocidentais. O regime de direitos humanos tem no Holocausto, o genocídio paradigmático da modernidade, um dos seus momentos fundadores. Nesse sentido, o grande momento de inflexão do Ocidente que gerou as condições para a aprovação da DUDH pela Assembleia Geral da ONU foi impulsionado por uma experiência europeia, quando os europeus experimentaram, pela primeira vez, a desconfortável sensação de serem, eles mesmos, alvos de discriminação racial por parte da Alemanha Nazista (Keene, 2002). Todavia, como nos lembra Césaire, práticas totalitárias informadas pelo ódio racial já haviam tido lugar no mundo colonial antes de irromperem no palco europeu. Com efeito, para Césaire, o nazismo não foi uma aberração nem correspondeu a uma crise da modernidade europeia, mas correspondeu a um desenvolvimento lógico da própria civilização europeia, que foi cúmplice do totalitarismo nas colônias antes que as técnicas desumanizantes empregadas no espaço colonial retornassem para suas próprias fronteiras (Césaire, 2000). Segundo Césaire (2000), existia um Hitler habitando cada humanista europeu que tolerava e absolvía o nazismo antes que lhe impactasse, simplesmente porque até então ele era aplicado exclusivamente aos povos não europeus. Logo, o grande crime do nazismo teria sido justamente a aplicação para os povos brancos dos procedimentos coloniais até então reservados para o mundo colonial (Césaire, 2000).

A invisibilidade da violação sistemática dos direitos humanos dos povos coloniais por meio da tortura e do trabalho forçado garantiu a coerência do universalismo e do humanismo europeus. A naturalização da violência no mundo colonial dependeu da transformação dos colonizados em bárbaros, em menos que humanos, ou seja, do afastamento do mundo colonial para bem longe do mundo moderno, único lugar onde supostamente poderiam florescer os valores univer-

sais do Iluminismo. Tal afastamento produziu uma ordem bifurcada (Keene, 2002) que concebia a tolerância e a civilização na Europa e a falta desses mesmos princípios no mundo extra-europeu. Contudo, longe de serem mundos desconectados, a modernidade europeia não pode ser pensada à parte da alteridade colonial que lhe constitui (ver Césaire, 2000). Mesmo teóricos europeus críticos, como Foucault, negligenciaram tal dimensão constitutiva e entenderam a modernidade europeia a partir de referências meramente endógenas ao continente. Em *Vigiar e Punir* (2000), por exemplo, Foucault apresenta o nascimento de uma nova forma de punir na Europa moderna, a disciplina, que diferentemente da forma medieval da tortura não incide diretamente sobre o corpo, mas tem uma função primordialmente corretiva voltada para reintegração dos indivíduos à sociedade. Todavia, nesse mesmo livro, Foucault não menciona que as práticas vistas como obsoletas e desumanas no contexto europeu eram cotidianamente empregadas para lidar com os sujeitos coloniais (Fernández, Esteves, 2017). Como bem nos mostra Kafka em “Na Colônia Penal”, os métodos de punição aplicados numa ilha tropical situada no espaço colonial incluíam horas de sofrimento corporal e tortura nos moldes medievais. Tais formas de justiça, contudo, eram consideradas ultrapassadas na Europa e só possíveis num contexto de atraso e desumanidade (Costa-Lima, 1996).

Ainda que as inconsistências do comportamento das potências ocidentais atestassem a hipocrisia do universalismo ocidental, esse último era preservado a partir da disjunção entre esses dois mundos, o imperial e o colonial. De acordo com Bruno Charbonneau (2008), a República da França sempre foi vista como desconectada do império francês; o que dava lugar a uma representação de duas França separadas e diferentes. Essa fronteira bem demarcada entre essas duas França não deixava, por exemplo, que a França imperial contaminasse a França republicana, camuflando, dessa forma, as inconsistências da República e preservando o projeto universalista que havia informado a Revolução Francesa.

A separação entre o mundo dito civilizado e o colonial possibilitou que a história dos direitos humanos fosse narrada apenas a partir de pontos de referências europeus, por um lado, como uma continuidade em relação à Revolução Francesa e, por outro, como uma descontinuidade/ruptura em relação à experiência do Holocausto. Novamen-

te, mesmo autores europeus críticos, como Adorno e Horkheimer, não vinculam a modernidade europeia às experiências extra-europeias de outros séculos (Barreto, 2014). A partir de uma leitura decolonial dos direitos humanos, José Manuel Barreto (2014) argumenta que a modernidade já nasce em crise, pois carrega com ela um lado destrutivo e genocida que vem se manifestando desde sua emergência com a conquista da América.

Nesse sentido, para descolonizar os direitos humanos, urge conectar e embaralhar os mundos (o imperial e o colonial) que foram articulados como imaginariamente distantes e radicalmente diferentes. Segundo Andreas Huyssen (2014), o entrelaçamento do Holocausto e da dominação colonialista é raramente feito. Césaire é uma das poucas exceções a fazê-lo, já que por meio da poesia, fez com que as histórias coloniais de opressão e racismo irrompessem com fúria na república francesa, perturbando a distância espaço temporal que garantia a estabilização do Império francês (Wilder, 2005). Do mesmo modo, para reinventar os direitos humanos a partir de um olhar atento para as múltiplas culturas e genealogias, faz-se necessário problematizar sua pretensão universalista lançando luz à sua fundação eurocêntrica ou, para usar o termo de Chakrabarty (2000), “provincializada”.

A partir do fim da Guerra Fria, o movimento de provincializar os direitos humanos tem se revelado ainda mais premente dada a crescente mobilização da gramática dos direitos humanos nas intervenções humanitárias. Nesse sentido, no pós-Guerra Fria, a tensão histórica da Carta da ONU entre, de um lado, o princípio universalista dos direitos humanos e, de outro, os princípios da soberania e da não-intervenção, foi decidido em favor do primeiro. Nesse contexto, recuperam-se as ideias kantianas que aludem a uma responsabilidade voltada para humanidade que transcende os confins dos Estados soberanos. O respeito aos direitos humanos passa a ser entendido como um critério definidor da paz internacional, já que a paz liberal que passou a ser exportada via intervenções para o mundo pós-colonial tem entre os seus ingredientes, para além da democracia liberal, o respeito aos direitos humanos. Tal respeito passou a estar crescentemente atrelado à promoção da democracia e, nesse sentido, Estados não democráticos passaram a ser crescentemente percebidos como violadores dos direitos humanos. Assim sendo, foi sendo (re)construída no pós-guerra fria, uma ordem bifurcada, dividida entre Estados

liberais e não-liberais, que concedia aos primeiros, entendidos como moralmente superiores, o direito de levarem a cabo intervenções nos domínios dos Estados não-liberais em nome de uma ordem mundial homogênea, ainda que em detrimento do princípio da soberania dos Estados (Behnke, 2008).

O ocaso da União Soviética, competidor geopolítico e ideológico dos Estados Unidos, criou as condições para o otimismo em relação à possibilidade de realização efetiva dos ideais democráticos liberais na política doméstica dos Estados (ver Bhuta, 2008). Roland Paris (2002) nos lembra que durante a Guerra Fria a própria definição de democracia na ONU era uma fonte de conflito ideológico entre os blocos soviético e ocidental; o que obstruiu a existência de um consenso normativo na Organização que fosse além do mero apoio à criação de Estados independentes. Nesta mesma linha, Peter Jakobsen (2002) argumenta que, se por um lado, a posição dominante dos Estados Unidos e da União Soviética durante a Guerra Fria estimulou a globalização do sistema de Estados, por outro, a balança de poder impediu a globalização das ideias e da economia mundial, tendo em vista que cada superpotência defendia sua própria ideologia e modelo econômico. Deste modo, de acordo com Jakobsen (2002), o corolário da vitória ocidental na Guerra Fria foi a aceleração do processo de globalização cultural, isto é, a difusão do modelo de governança ocidental caracterizado pela economia de mercado, democracia e promoção dos direitos humanos. Nesse contexto, cada vez mais, a ONU passou a desenvolver técnicas para avaliar e corrigir o comportamento dos Estados em campos que antes pertenciam à esfera interna dos mesmos. O perigo vislumbrado por Nehal Bhuta (2008) é que embora tais prescrições fossem contingentes, produtos de uma história particular do Ocidente, elas nos foram apresentadas como a única solução, ou seja, como “o” modelo de política racional para reverter os resultados políticos indesejados em todas as regiões do globo. Com efeito, todo sistema imperial articula e dissemina reivindicações de legitimação de autoridade sobre outros, seja em termos de monarquia universal, civilização universal ou direito cosmopolita, tomando uma experiência paroquial e a transformando na medida de todas as histórias e políticas (Bhuta, 2008).

Por outro lado, o exercício de entrelaçamento dos mundos imperial e (pós)colonial também se faz importante para problematizarmos

as intervenções humanitárias que vêm sendo conduzidas pela comunidade internacional desde o fim da Guerra Fria. O discurso que vem orientando tais intervenções é informado por uma concepção hierárquica de subjetividade, que constrói os agentes das intervenções como salvadores ao mesmo tempo em que constrói os protegidos como desprovidos de agência (Jabri, 2010). Logo, intervenções promovidas em nome da humanidade acabam reproduzindo a construção hierárquica de subjetividade do passado imperial (Jabri, 2010). Todavia, para que esse imaginário se mantenha verossímil, faz-se necessário um intenso esforço para a demarcação de fronteiras entre o mundo dito civilizado e promotor dos direitos humanos e o mundo dito atrasado, retrógrado e violador dos direitos humanos. Todavia, se, diferentemente, embaralharmos essa cartografia, reconhecendo a participação dos Estados ditos salvadores nas múltiplas violências que hoje assolam as sociedades pós-coloniais, não temos mais como entendê-los como moralmente superiores ou como portadores do direito de modernizar e disciplinar os Estados tidos como desviantes/não democráticos/violadores de direitos humanos. Com efeito, muitas das crises humanitárias do Pós-Guerra Fria não podem ser entendidas sem levar em conta tanto o envolvimento das potências coloniais na reconfiguração das identidades locais e no acirramento das identificações étnica e comunal (Darby, 1996), como a venda de armas por parte das superpotências para os seus aliados no mundo pós-colonial durante a Guerra Fria.

O não reconhecimento da participação das potências ocidentais nas crises humanitárias dos Estados pós-coloniais faz com que tais crises sejam entendidas como meramente endógenas sem quaisquer conexões com o colonialismo e com as dinâmicas econômicas globais que continuaram baseadas em padrões hostis de controle e exploração econômica mesmo finda a colonização. As relações sociais capitalistas e a distribuição desigual das riquezas no mundo são naturalizadas e impensáveis como esferas de intervenção e reconstrução, como são as esferas domésticas dos Estados. Nesse sentido, a promoção dos direitos humanos via intervenções está voltada, sobretudo, para o avanço dos direitos civis e políticos, e continua dissociada da intervenção sobre as condições materiais de profundas desigualdades sociais e econômicas que impedem uma vida digna aos seres humanos no espaços pós-coloniais.

Universalismo versus relativismo cultural ¿Es la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 parte de la costumbre internacional y por lo tanto obligatoria en su observancia?

Mónica Rocha Herrera¹

El 10 de diciembre de 2018 la Declaración Universal de los Derechos Humanos cumplirá setenta años de haber sido adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas por unanimidad. En el marco de este aniversario se instaura el debate “La protección universal de los derechos humanos en cuestión” donde se evalúan los efectos de la Declaración en el sistema internacional de los derechos humanos. Este breve ensayo abona a dicho esfuerzo en cuya reflexión crítica se abordan las preguntas 1 y 4 que el debate plantea y ambas son incorporadas para su análisis en la siguiente reflexión: “Aunque la Declaración Universal de los Derechos Humanos tenga un gran valor moral y autoridad política, aspectos que no son fáciles de negar, su estatus jurídico y fuerza moral a nivel universal no puede decirse que esté libre de toda duda”.

Desde la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ésta se manifestó desde su Preámbulo como un ‘estándar común de reconocimiento de los derechos inalienables e inviolables de los miembros de la familia humana’ (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948: 5). ‘En la igualdad de derechos de hom-

¹ Doctora (Warwick UK), con LLM (Essex UK), y Licenciatura en Relaciones Internacionales (UNAM México). Profesora Titular de Derecho Internacional del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana (México). Presidenta del Foro de Justicia Internacional A.C., (México). Coordinadora del Grupo de Investigación de Relaciones Internacionales y Ciencia Política de la Red Epistemológica del Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos, y la Justicia Internacional (Holanda).

bres y mujeres' así como 'en una concepción común de estos derechos y libertades.' (p. 6). Tan influyente ha sido la expansión de la Carta de los Derechos Humanos cuya cúspide la ocupa la Declaración Universal apoyada por sus dos alfiles, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos y Sociales ambos de 1966, que la Declaración Universal suele comúnmente asumírsele como parte de la costumbre internacional y por lo tanto obligatoria en su observancia.

Para verificar esto hay que recordar qué es una norma de costumbre internacional conforme al artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que a la letra dice: *Es nulo todo tratado que en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general* (Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, 1969). Como Shaw (1991) acertadamente dice *el concepto de una norma imperativa de derecho internacional o jus cogens se basa en una aceptación fundamental de valores superiores en el sistema internacional* (pp. 98-99). Por lo que son normas que no admiten acuerdo en contrario y hay muchos ejemplos de ellas como la prohibición del uso de la fuerza en las Relaciones Internacionales, del genocidio, de la esclavitud.

En esta lógica las normas de costumbre internacional obligan a los Estados en su cumplimiento incluso si los mismos no son Partes de los instrumentos donde dichas normas se establecen. Fue inútil entonces para el Presidente George W. Bush en 2002 decir que Estados Unidos no respetaría el estatus de prisioneros de guerra para el ejército talibán vencido en la guerra de 2001. Después se retractó y es que la obligatoriedad de los preceptos de los Convenios de Ginebra de 1949 como las garantías de los prisioneros de guerra en la Convención III de 1949 no depende del texto solamente sino como lo dijo la Corte Internacional de Justicia en *Nicaragua vs. EUA* [1986] del estatus de estos preceptos que ya son costumbre internacional ¿Podemos hacer el mismo razonamiento con los contenidos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos? No. Lo anterior en primer lugar por su carácter declarativo.

La Declaración Universal aunque tenga gran fuerza moral y política, no significa que en si misma cree obligaciones para los Estados en derecho internacional. Hay que recordar que las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas no imponen obligacio-

nes legales a los Estados Miembros de la Carta, ellas tienen solamente fuerza moral y política. En otras palabras, las Resoluciones de la Asamblea General de la ONU solo tienen una fuerza recomendatoria. Lilich (1979: 59-60) explica claramente el estatus jurídico de la Declaración Universal: *No es un tratado, no es un acuerdo internacional [...] Es una declaración de principios básicos de derechos humanos y libertades que sirven de estándar común de cumplimiento para todos los pueblos de todas las naciones. Es sólo una resolución, no necesita ratificación, sólo puede tener el efecto de persuasión moral, pero no tiene un efecto obligatorio.* Si no es obligatoria ¿Qué es lo que tiene para ser asumida como un estándar común para “todos los pueblos y todas las naciones”? Es la naturaleza jurídica de las normas que contiene. Thirlway (1972: 64) explica las mismas a la luz de sus componentes: *son principios o reglas que deben su fuerza jurídica a dos elementos del derecho consuetudinario: la práctica de los Estados y la opinio juris.*

La primera como la manifestación de los actos colectivos y reiterativos en derecho internacional y la segunda, la convicción de estar creando derecho a través de la práctica de los Estados. El autor agrega: *no hay objeción en decir que las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas son evidencia de la opinio juris que se puede generar como práctica de los Estados* (Thirlway, 1979: 66). Esto nos lleva a que debemos separar el carácter legal de la Declaración en sí misma que solo tiene un valor recomendatorio y su contenido cuyas normas pueden tener una vida separada y constituirse, o al menos algunas de ellas, en costumbre internacional o normas *jus cogens*.

La Corte Internacional de Justicia en el caso *Nicaragua vs. EUA* (1986) dejó bien establecido el precepto de la existencia de las normas de forma separada en diversas fuentes de derecho internacional. Dicho lo anterior ¿Podemos decir que los contenidos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos son parte de la costumbre internacional? No, al menos no en su totalidad. El análisis debe hacerse con más cuidado y es que la Declaración Universal contiene dos generaciones de derechos humanos que en 1966 se plasmaron en dos tratados.

El Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respectivamente. Siguiendo la línea

de la Corte Internacional de Justicia en el caso arriba aludido, las normas tienen vida separada y adquieren valor jurídico de manera independiente. Entonces no hay gran debate al menos en el mundo occidental en decir, que un número importante de los derechos civiles y políticos contenidos en la Declaración Universal (que no son exactamente los mismos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos) han adquirido el estatus de *jus cogens*. Lo anterior como producto de los valores de la persona humana que han evolucionado a lo largo de los siglos siendo reiterados a lo largo del tiempo en diversas civilizaciones.

En la civilización occidental los derechos del ciudadano en las Revoluciones del siglo de las Luces (XVIII) se derivaron en las garantías individuales para llegar al siglo XX en su asunción en derechos humanos con la Declaración Universal de los Derechos Humanos. No hay duda en afirmar que derechos humanos como a la vida, la libertad, la seguridad de la persona, garantías judiciales, la prohibición de la tortura, la prohibición de la discriminación por raza, etnia, religión y lengua son normas *jus cogens*. No podemos decir lo mismo de los derechos económicos, sociales y culturales. Como lo dice Humphrey (1979) *sólo los derechos políticos y civiles han adquirido la fuerza de ley en la costumbre internacional [ya que] son de aplicación inmediata [al ser derechos negativos adquiridos al nacer], mientras que los derechos económicos, sociales y culturales dependen de la implementación programática por parte de los Estados.*

Davidson (1993:42) recomienda desde el punto de vista práctico que dicha distinción basada en los recursos del Estado para su implementación podría ser arbitraria pues es claro que el aseguramiento de una adecuada protección de los derechos civiles y políticos requiere un sustancial gasto público. Davidson tiene razón sin duda pero nuestro análisis es sobre su valor consuetudinario y es claro que los derechos económicos, sociales y culturales no cuentan con una opinión *juris* favorable ni siquiera suficiente para considerarlos parte de la costumbre internacional. Sino están en un tratado no veo cómo se pueda obligar a un Estado a proveer a su población de seguridad social, del derecho al trabajo, de igual salario, del descanso, a la maternidad, a la educación, a la vida cultural, etc. Dicho lo anterior ¿Podemos decir que la Declaración Universal de los Derechos Humanos es verdaderamente universal? ¿Es culturalmente universal? Eso nos

enlaza con la pregunta 1 del debate en este ensayo y es que el derecho humano a no ser discriminado por raza, etnia, lengua y religión es asumido como costumbre internacional, lo cual no necesariamente incorpora a la no discriminación por género.

Asimismo, el derecho humano a la libertad de conciencia y religión así como el derecho humano a la libertad de expresión, derechos humanos *jus cogens* posan problemas en algunas culturas notablemente en el Islam. Tesón (1985) nos advierte sobre los particularismos culturales: *A medida que el derecho internacional responde más a las demandas por las libertades individuales, éste sin embargo, no necesariamente desafía la validez de algunas prácticas de los Estados que reflejan particularidades geográficas y culturales* (p. 869). Wallerstein (1992) alude por su parte al “campo ideológico de la batalla de las culturas” afirmando que *mientras todas las personas comparten algunos rasgos con todos, todas las personas comparten algunos rasgos con sólo algunos así como todas las personas tienen rasgos que no comparten con nadie* (p. 158).

Hay culturas diferentes a la occidental que rechazan lo que ellos consideran la imposición de una cultura ajena a ellos. Esto es parte del debate del Relativismo Cultural que desafía algunos sino la mayor parte de los preceptos universalistas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Los relativistas afirman (Bond, 1996) que *no hay una moral universal aplicable a toda la humanidad, pues ésta se circunscribe localmente y varía de tiempo en tiempo y de lugar en lugar* (p. 43).

En otras palabras, para los relativistas no es posible la existencia de una cultura universal basada en una moral común. Sin duda la Carta de los Derechos Humanos y de los Pueblos de África (1981) coincide en algunos preceptos con la Declaración Universal de los Derechos Humanos en lo referente a la dignidad de la persona; sin embargo, también claramente puede percibirse que hay una inserción artificial de nociones individualistas de origen occidental que no terminan de acomodarse con preceptos en la Carta Africana donde en esta última se privilegian los derechos de la comunidad y de los “pueblos” sobre el individuo. “The West and The Rest” explica Ferguson (2012) ante el estupor de occidente de cara al relativismo cultural del cual el Islam ofrece choques culturales claramente profundos.

Está claro que el Islam no es solo una religión sino que es referida como una forma de vida que se extiende sobre los asuntos del Estado, religión y comunidad. Entonces el ordenamiento legal en algunos países en el Islam equivale a la *shari'a* o a la total ordenanza derivada del *Qur'an* (Mayerm 1999: 77). Dicho esto ¿Cómo podría ser posible compaginar derechos humanos de corte liberal occidental en este contexto cultural?

De ello se deriva la discusión del Relativismo Cultural que está en desacuerdo con la universalidad de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. No es que estos pueblos en el Islam desconozcan los valores de la persona humana sino que argumentan asumirlo de manera diferente. La Declaración de El Cairo de los Derechos Humanos en el Islam de 1990 establece en su artículo 22 'el derecho a expresar las opiniones libremente pero solo en una forma no contraria a los principios de la *shari'a*.' Asimismo en el artículo 24 se menciona 'que los derechos estipulados en esta Declaración están limitados por la *shari'a*'. De forma interesante y contundente el artículo 25 estipula que 'la *shari'a* islámica es la única fuente de referencia para clarificar y explicar cualquier artículo de esta Declaración'.

Para los universalistas dichos condicionamientos a la autoridad de la *shari'a* islámica son incompatibles con la tradición occidental de lucha en contra de la tiranía del Estado. Es un choque cultural del cual los relativistas reclaman su lugar y visión de la historia.

No quisiera terminar este pequeño ensayo tratando de reconciliar posturas en lo que claramente se trata de una mediación cultural donde intervienen factores como los prejuicios, posiciones ideológicas y del espíritu, religión y tradición. El debate entre el Relativismo Cultural vs. el Universalismo no ha finalizado ni lo hará en mucho tiempo. Esto se ve claramente con asuntos como los derechos de la mujer que con toda certeza no son asumidos igual en el Islam que en las culturas occidentales. Por ello, hablar de los derechos de género como costumbre internacional es inexacto.

No hemos llegado a eso porque no hay suficiente *opinio juris* a nivel universal que lo sustente. Lo que si podemos decir y con ello quisiera finalizar este análisis jurídico de los derechos humanos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos es que a pesar de los relativismos culturales que cuestionan el valor consuetudinario de

algunas de las normas *jus cogens* en la tradición occidental como la libertad de conciencia y religión, hay consensos para decir que existe una categoría de derechos humanos “core rights” irrenunciables a la humanidad y cuya aplicación pertenece a todos los seres humanos (Rodley, 1987).

No hay relativismo cultural que pueda echar abajo “core rights” como la prohibición de crímenes como la tortura, las ejecuciones arbitrarias, las desapariciones, el genocidio y otros crímenes internacionales como los de lesa humanidad y los crímenes de guerra. La aceptación de esto no es un asunto cultural sino jurídico y de fe en la universalidad de la calidad humana constituida por un tejido mínimo de valores éticos globalmente compartidos’. *Es algo que uno puede respirar pero no tocar* explica Lilich (1973).

Por ello es correcto cuando Lilich (1973) y Rodley (1987) afirman que actos repulsivos como el Apartheid o prácticas culturales como la castración masculina y ablación femenina existente en algunos países del Islam aunque sean de origen milenario son incompatibles con los “core rights,” que no son otra cosa que un código universal de preceptos éticos comunes a la humanidad de valor incuestionablemente consuetudinario.

70 años sin una Declaración Universal de los Derechos Humanos LGBT¹

Nicolás Eduardo Buitrago-Rey²
Vanessa Bonilla-Tovar³

Con el surgimiento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la globalización el discurso de los derechos humanos se ha universalizado en el mundo y ha sido objeto de crítica al tratarse de una figura eminentemente occidental (Fazio, 2011). La pretensión de universalidad de los derechos humanos⁴ ha traído consigo diversas problemáticas. En temas como derechos de pueblos indígenas, derechos de las mujeres o derechos de la población de lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, intersexuales y queer (LGBT) no existe una

¹ La presente contribución hace parte del proyecto de investigación: “Principios de armonización entre la función y alcance de la Justicia Internacional y las demandas surgidas en los procesos políticos de transición” (2017-2018), financiado por el Centro de Gestión del Conocimiento y la Innovación de la Universidad del Rosario y adscrito a la línea de investigación “Crítica al Derecho internacional desde fundamentos filosóficos” del grupo de investigación en Derecho internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Colombia).

² Abogado con profundización en Derecho Internacional y Derechos Humanos de la Universidad del Rosario, candidato a Magíster en Estudios Internacionales y Magíster en Derecho Internacional de la Universidad de los Andes (Colombia). Joven Investigador del Grupo de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario.

³ Abogada con profundización en Derechos Humanos de la Universidad del Rosario (Colombia). Investigadora de la Facultad de Jurisprudencia de la misma Universidad. Coordinadora del Concurso de Simulación Judicial ante la CPI, organizado por el Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Holanda). Ex miembro de la Clínica Jurídica Internacional de la Universidad del Rosario y la Unidad de Representación de Víctimas de la Corte Penal Internacional.

⁴ Desde la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948 en el marco de la ONU se habla de la universalidad de los derechos humanos. Esto se ve reflejado en el mismo nombre de la declaración y en su contenido, en el que se manifiesta que los derechos humanos deben ser universales en cuanto a su respeto y aplicación.

protección uniforme a nivel global acorde a los estándares actuales desarrollados en el sistema universal y sistemas regionales de protección a derechos humanos. Además, por fuera de los Estados occidentales todavía hay reticencia en adoptar discursos y regulaciones que se refieren a la existencia de derechos inherentes al ser humano, tal y como ocurre en Asia y Medio Oriente.

El movimiento LGBT tuvo su momento fundacional en 1969 cuando la policía de Nueva York se enfrentó con un grupo LGBT en el bar Stonewall en junio de ese año. Dicho enfrentamiento, que fue el primero de su clase a nivel global, llevó a la creación del Frente de Liberación Gay en Estados Unidos, y a su vez, al surgimiento de otros grupos LGBT en Australia, Bélgica, Canadá, Argentina, México y Francia, entre otros. Por lo que Stonewall, que hoy en día es conmemorado con el día del Orgullo LGBT a nivel mundial, es aquel momento fundacional de este movimiento de derechos humanos. Por lo tanto, la lucha por los derechos LGBT es posterior a la creación de la Declaración Universal. En este orden de ideas, desde 1969 —año simbólico— los temas relacionados con los derechos humanos de esta comunidad han sido parte de la agenda política internacional.

Desde ese momento han ocurrido una serie de sucesos que han permitido que derechos como el matrimonio, la posibilidad de adopción conjunta por parte de parejas del mismo sexo, la posibilidad de cambio de sexo en los documentos de identidad en personas transexuales, entre muchos otros logros de la comunidad LGBT sean protegidos por los Estados, en especial por los occidentales. Estos logros se han obtenido bien sea por la vía política, con las iniciativas gubernamentales, tal y como se dio en Alemania, Canadá, Bélgica y, recientemente, Australia y Chile; o por vías jurídicas nacionales e internacionales. Los casos icónicos como el Caso Toonen v. Australia en el Comité de Derechos Humanos de 1994, sobre la criminalización de la homosexualidad; el Caso X v. Alemania en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 1975, que fue el inicio de más de 40 casos relacionados con temas LGBT en contra de Estados miembro del Consejo de Europa, que han sido fallados o siguen en curso hasta la fecha; y el Caso Atala Riffo y niñas v. Chile en la Corte IDH en 2012, sobre la pérdida de custodia de una madre respecto de sus hijas por el solo hecho de

ser lesbiana son un ejemplo de cómo progresivamente la protección a lo LGBT se torna cada vez mayor en occidente⁵.

El presente escrito está encaminado a mostrar no solo la ausencia de una universalidad en la protección a derechos LGBT, sino cómo esta ausencia responde a relaciones occidente-oriente, y a dinámicas hetero/homonormativas en el Derecho Internacional que han impuesto un entendimiento de la sexualidad y el género exclusivamente en términos occidentales. En este orden de ideas, el presente documento aborda primero la división al interior de la Asamblea General y Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas al momento de proteger derechos LGBT; segundo, presenta una crítica a la aproximación que ha tenido el Consejo de Seguridad a los derechos LGBT; y finalmente, hace un acercamiento a la labor realizada por el Comité de Derechos Humanos.

Las Naciones no Unidas para los derechos LGBT: el caso de la Asamblea General de la ONU y el Consejo de Derechos Humanos

En Montreal, Canadá, el 29 de julio de 2006 los participantes de la Conferencia Internacional sobre derechos humanos de la población LGBT redactaron la Declaración de Montreal, que busca i) la protección activa de minorías sexuales y de género por violencia por parte del Estado y los particulares; ii) libertad de expresión, de reunión y de asociación; y iii) descriminalización de actividad consensual privada por adultos del mismo sexo. En noviembre del mismo año en Yogyakarta, Indonesia, un grupo de juristas y estudiosos del DIDH se reunieron para redactar una lista de principios guía para el desarrollo de estándares legales nacionales e internacionales para la protección de los derechos de minorías sexuales y de género (D'Amico, 2015: 60)⁶. En este sentido, la Declaración de Montreal y los Principios de

⁵ A la fecha no ha existido una decisión sobre derechos LGBT en el Sistema Africano de protección a Derechos Humanos.

⁶ Los Principios de Yogyakarta nacen de la preocupación de que las violaciones de derechos humanos debido a una orientación sexual o identidad de género real o percibida de las personas constituyen incluyen actos como, asesinatos extra-

Yogyakarta proporcionan un marco normativo para la futura codificación de los derechos LGBT.

El 18 de diciembre de 2008 Argentina presentó a la Asamblea General de la ONU la Declaración sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género (Declaración SOGI, por sus siglas en inglés), promovida por Francia, Holanda, la Unión Europea, el grupo de Estados Occidentales de Europa y Otros (WEOG por sus siglas en inglés), y Estados Unidos cuando llegó la administración de Barack Obama (D'Amico, 2015: 60). A esta Declaración se opusieron Rusia, China, el Vaticano, miembros de la Liga Árabe y de la Organización de la Conferencia Islámica. De hecho, en contraposición a la Declaración presentada por la República Argentina, 57 Estados parte de la ONU apoyaron una contradecларación presentada por Siria imponiendo la jurisdicción interna de los Estados sobre asuntos relacionados con la orientación sexual, y afirmando que la declaración propuesta por Argentina “socava el marco del derecho internacional de los derechos humanos y se corre el riesgo de legitimar ‘actos deplorables’ como la pedofilia” (D'Amico, 2015: 60). Al final 67 de los 192 Estados miembro de la Asamblea General apoyaron la Declaración SOGI⁷, 57 Estados se opusieron y se unieron a la contradecларación, y los 67 Estados restantes se abstuvieron de pronunciarse⁸. Con estas votaciones se puede apreciar una clara polarización en el seno de las Naciones Unidas en cuanto a los derechos LGBT, donde la mayoría no occidentales votan en contra de este tipo de medidas o simplemente se abstienen de hacerlo.

judiciales, tortura, malos tratos, violencia sexual y violación, injerencias en su privacidad, detención arbitraria, negación de empleo y de oportunidades educativas, entre otros. Por lo tanto, con estos Principios se busca garantizar derechos como la igualdad, la no discriminación, reconocimiento ante la ley, y soluciones y reparaciones efectivas. Los Principios se encuentran disponibles en: <https://yogyakartaprinciples.org/introduction-sp/>

⁷ 12 Estados de las Américas, 18 Estados del grupo de Europa Oriental, 27 Estados del grupo de Estados del Occidente de Europa y Otros, 6 Estados de África, 4 Estados de Asia.

⁸ Para conocer el nombre de los Estados que votaron a favor, en contra o se abstuvieron de hacerlo, ver la tabla 3.1. del capítulo “*LGBT and (Dis)United Nations*” de Francine D'Amico (2015, pp. 62 y 63).

En 2010 Sudáfrica presentó un proyecto de resolución sobre orientación sexual e identidad de género para ser considerada por el Consejo de Derechos Humanos. La votación se llevó a cabo el 17 de junio de 2011 y la resolución fue aprobada por 23 votos a favor⁹. El único Estado africano en votar a favor de la resolución fue Mauricio. Estados que se habían abstenido de votar la Declaración como la República de Corea, Tailandia, Ucrania y Guatemala apoyaron esta resolución. Los ocho Estados miembro del grupo de América Latina y el Caribe y los siete miembros del grupo de Europa occidental votaron a favor de la resolución. Sin embargo, el grupo WEOG se dividió, pues Hungría, Polonia, Eslovaquia y Ucrania votaron a favor, y Moldavia y Rusia en contra. Tres Estados asiáticos votaron a favor —Japón, la República de Corea y Tailandia—, y Bahrein, Bangladesh, Jordania, Malasia, Maldivas, Pakistán, Qatar y Arabia Saudita votaron en contra. China se abstuvo y el representante de Kirguistán no votó. (D’Amico, 2015: 64) En esta resolución 17/19, el Consejo de Derechos Humanos le solicita a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que realice un estudio, que se ultime para diciembre de 2011, en cual se documenten “las leyes y prácticas discriminatorias y los actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género” (Consejo de Derechos Humanos. A/HRC/RES/17/19, 2011: 2). En 2014 el Consejo expide la resolución 27/32, con 25 votos a favor, en la cual solicita al Alto Comisionado que “actualice el informe (A/HRC/19/41) con miras a compartir buenas prácticas y formas para superar la violencia y la discriminación” (Consejo de Derechos Humanos. A/HRC/RES/27/32, 2014: 2). Finalmente, en 2016 es aprobada la resolución 32/2, en la cual el Consejo decide nombrar a un Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, y encomendarle un mandato por tres años¹⁰.

⁹ 19 votos en contra, 3 abstenciones y 2 representantes de Estados que no estaban presentes para votar.

¹⁰ Las funciones del Experto Independiente abarcan funciones de evaluación, concientización, cooperación, organización, facilitación y apoyo del respeto y promoción de los derechos de las personas en razón de su orientación sexual o identidad de género (Consejo de DDHH. A/HRC/RES/32/2, 2016, pp. 2 y 3).

En 2011, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos desarrolló el informe sobre Leyes y Prácticas Discriminatorias y Actos de Violencia cometidos contra Personas por su Orientación Sexual e Identidad de Género¹¹ (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. A/HRC/19/41, 2011). El Consejo de DDHH convocó un panel de expertos sobre “la terminación de la violencia y discriminación contra individuos en razón de su orientación sexual e identidad de género”, para discutir el informe presentado por el Alto Comisionado. En este panel se evidenció la oposición de varios Estados a discutir este tema, ya fuera por razones culturales o religiosas. También argumentaron que la orientación sexual e identidad de género eran conceptos nuevos que estaban por fuera del marco normativo del DIDH (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2012). La conclusión del panel fue que “no se necesitaban derechos nuevos o especiales para la población LGBT; más bien, los estándares de DDHH existentes necesitaban ser aplicados de tal forma que la comunidad LGBT pueda disfrutar de los mismos derechos como todas las demás personas” (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2012: 4). No obstante, que las minorías sexuales y de género no puedan reclamar derechos especiales, como lo sugiere el panel realizado en 2012, significa que no existe una protección efectiva a situaciones tan particulares a este grupo, tales como los crímenes de odio, que incluyen “violaciones correctivas” o tratamientos médicos forzosos para “curar la homosexualidad”.

Los derechos LGBT en el Consejo de Seguridad: cuando ISIS no es suficiente para un pronunciamiento

El Consejo de Seguridad es un órgano de Naciones Unidas que poco ha hecho para el entendimiento de la sexualidad y el género dentro o fuera del discurso de derechos humanos más allá de una postura

¹¹ Discriminaciones como “abuso sexual, agresión sexual, tortura y asesinatos, ya sean autorizados por el Estado o de forma extra judicial; negación de empleo, educación, y atención médica; violaciones a los derechos a la libre expresión, asociación y reunión; y negación de asilo, el derecho a formar una familia, y el derecho a participar in su comunidad” (D’Amico, 2015: 66).

meramente heteronormativa. A la fecha no ha sido posible que dentro del Consejo la violencia sexual sea considerada como una amenaza a la paz y seguridad internacional, puesto que Rusia y China consideran que este tema es competencia de otros órganos de Naciones Unidas. Además, la utilización de un lenguaje en el que se entiende a los hombres como perpetradores y a las mujeres como víctimas de violencia sexual —de una manera binaria— ha impedido la protección de otras categorías de víctimas, tales como los hombres, personas transexuales o personas transgénero víctimas de violencia sexual, y de los victimarios, que no necesariamente son hombres. (Paige, 2017)

La primera y, a la fecha, única vez que el Consejo de Seguridad de la ONU ha abordado de manera directa los derechos de la población LGBT fue en 2015, cuando se realizó una reunión de los miembros del Consejo con arreglo a la “fórmula Arria”¹². En dicha reunión, los Estados, personas LGBT y organizaciones no gubernamentales tuvieron la oportunidad de hablar sobre los actos de violencia cometidos por el Estado Islámico (ISIS) en contra de personas por su orientación e identidad de género (Stern, 2016). Esta reunión fue producto de diversas ejecuciones dirigidas particularmente en contra de hombres homosexuales cometidas por ISIS. Estos asesinatos fueron cometidos contra más de 30 homosexuales desde 2015 y consistían en arrojar a las víctimas desde edificios muy altos. Estos hechos preocuparon mucho a la comunidad internacional, en especial a los Estados occidentales, por lo que Francia y Chile convocaron a reunión al Consejo de Seguridad. Durante la Arria, por lo menos seis Estados mencionaron la Declaración Universal de Derechos Humanos, pero los Estados Árabes simplemente se limitaron a condenar los asesinatos —sin hacer alusión a lo LGBT— (Stern, 2016: 1193).

¹² La fórmula Arria es una clase de reunión no prevista ni en la Carta de las Naciones Unidas o el Reglamento del Consejo de Seguridad que se ha implementado de 1992. “Estas reuniones ofrecen a los miembros del Consejo que estén interesados la oportunidad de participar en un diálogo directo con los altos representantes de los gobiernos y las organizaciones internacionales, a menudo previa solicitud de estos últimos, así como con las partes no estatales, sobre cuestiones que les afectan y que están comprendidas en el ámbito de responsabilidad del Consejo de Seguridad”. Ver más sobre la fórmula Arria en: <http://www.un.org/es/sc/about/methods/bgarriaformula.shtml>

En este orden de ideas, el Consejo de Seguridad es una institución que no ha contribuido ni a la protección de derechos LGBT ni al entendimiento de la sexualidad y el género más allá de entendimientos heteronormativos. A lo anterior se le suma el hecho de que Rusia y China, como miembros permanentes del Consejo de Seguridad, no permitirán que los derechos LGBT sean un asunto que preocupe la seguridad y paz internacional.

El Comité de Derechos Humanos: el escenario optimista, pero insuficiente para los derechos LGBT

Ahora bien, es importante resaltar la existencia del caso *Toonen vs. Australia* del Comité de Derechos Humanos, en el que resolvió si era contrario al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en el Estado federado de Tasmania todavía estuvieran penalizadas las relaciones homosexuales entre adultos. En su argumentación, el Comité interpreta su Observación General No. 16, la cual desarrolla la prohibición de injerencias arbitrarias de *jure* o de *facto* en los derechos a la vida privada, la familia, el domicilio y la correspondencia, entre otros (Comité de Derechos Humanos, 1988, párr. 4.). Así, el Comité se refirió a los requisitos de razonabilidad para que una injerencia en la vida personal sea válida para determinar que, en el caso en concreto, no se cumplieran, puesto que no perseguía un fin legítimo al estar despenalizada la homosexualidad en el resto de Australia; y porque no era proporcional, ya que los motivos de salud pública dados por el Estado federado no cumplían un requisito de necesidad y proporcionalidad (*Toonen v Australia*, 31 March 1994, párr. 8.3).

Esta decisión, aunque positiva, se limita a un análisis de discriminación y no va más allá, por lo que no se refiere, por ejemplo, a la existencia de protección de las relaciones LGBT como familias y solamente se refiere a los límites de los Estados. Es por esto que el sistema jurídico internacional actual no ha llevado, ni llevará, a la protección de derechos LGBT a nivel mundial, ya que los instrumentos de derechos humanos “universales” crean condiciones necesarias, pero insuficientes para el éxito (D’Amico, 2015: 56).

Adicionalmente, si bien las personas LGBT pueden encontrar en el ámbito internacional espacios para presionar a los Estados, este

proceso suele ser hostil al interior de sus Estados, toda vez que existen diversas luchas o dinámicas sociales emancipadoras realizadas por otros grupos sociales, tales como indígenas o mujeres, lo que podría generar un enfrentamiento entre estos grupos (Langlois, 2015, p. 27). Por lo tanto, se vuelve necesario replantear la forma en la que se estudia al sistema universal y su protección los derechos LGBT, ya que sigue siendo un sistema Estado-céntrico en el que prima la voluntad de los Estados.

Conclusión

En resumen, la realidad del derecho internacional actual en cuanto a los derechos LGBT vistos desde el principio de universalidad consagrado en la Declaración Universal, dista de una verdadera universalidad. En primer lugar, la ausencia de un instrumento de derecho internacional formal que abarque los derechos LGBT, y la poca probabilidad de que llegue a ser ratificado por un número de Estados superior a los que ya han apoyado las iniciativas de estos derechos en las Naciones Unidas, evidencia la imposibilidad de llegar a una protección verdaderamente universal. En segundo lugar, las restricciones de jurisdicción y competencia de los tribunales y comités internacionales de derechos humanos actuales ha ocasionado que tan solo algunas de las reclamaciones presentadas por la población LGBT hayan sido examinadas. Finalmente, a pesar de la clara división entre Estados occidentales y no occidentales, los sistemas regionales (Europeo e Interamericano) y los desarrollos de derecho interno por vía política o judicial seguirán siendo los protagonistas en la protección a los derechos de esta comunidad.

La Protección de los Derechos Humanos en la Corte Penal Internacional

Olga Herrera Carbuccia¹

Los valores fundamentales inherentes a la persona humana conocidos como derechos humanos y que posee una persona por el simple hecho de ser humana se aplican a todos los seres humanos en forma universal. Desde la aprobación de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (“ONU”) el reconocimiento y efectiva protección de los derechos humanos como garantías esenciales del ser humano ha sido asumido en el derecho internacional y en todo Estado democrático de derecho.

En ese sentido, surge el sistema universal de protección de los derechos humanos a través de la ONU y por mecanismos específicos que emergen de Tratados Internacionales Multilaterales de Protección de los derechos humanos, como son la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, entre otros.

Este sistema se complementa con los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, como el interamericano, el europeo y el africano. Por ejemplo, el Sistema Interamericano comprende su propio sistema regional de protección de los Derechos Humanos, como son los siguientes: la Carta de la Organización de Estados Americanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

¹ Magistrada de la Corte Penal Internacional

(Protocolo de San Salvador), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belem do Pará), así como los Estatutos y Reglamentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que desarrollan todo un sistema de protección de derechos humanos en la región.

También es importante mencionar que el orden jurídico internacional incluye instrumentos convencionales específicos relacionados con la protección de los derechos y vinculantes para los Estados partes, como es el Estatuto de Roma adoptado en 1998 por el cual se instaura la Corte Penal Internacional.

En efecto, el valor jurídico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en las normas internacionales sobre derechos humanos ha sido y continúa siendo esencial en lo que se refiere a la administración de justicia.

La justicia está y debe estar basada en el respeto a los derechos y libertades fundamentales de cada persona. La Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

En ese sentido, la Asamblea General de la ONU ha aprobado declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos que tratan el tema de la administración de justicia, como es el caso de: la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y Abuso del Poder; la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, y la Convención sobre los Derechos del Niño. Asimismo, otras instancias internas, la Asamblea General, el Consejo Económico y Social o la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas han aprobado resoluciones internacionales relacionadas con la administración de justicia².

² Ver por ejemplo, Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura, Resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985, y 40/146 de 13 de diciembre de 1985; Conjunto de Principios para la protección de todas las Personas sometidas

Las normas internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia han contribuido al fortalecimiento de los sistemas judiciales nacionales e internacionales en la protección de los derechos y libertades fundamentales y a luchar contra la impunidad³.

Por otra parte, las normas de derecho penal internacional constituyen, entre otras cosas, un instrumento de protección de los derechos humanos. Ellas responden a las grandes violaciones de los derechos humanos fundamentales. (Werle, Jessberger, 2014: 51) Las violaciones de muchos de los derechos humanos fundamentales que protegen la vida, libertad, integridad personal y seguridad física han sido criminalizadas por el derecho penal internacional. Esto incluye los crímenes contra la seguridad física y la integridad de los individuos: agresión, genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, terrorismo, apartheid, esclavitud, tortura, entre otros. (Bassiouni, 2013: 217/218)

La relación entre los derechos humanos y la interpretación y aplicación de las normas de derecho internacional es esencial. Basta con leer la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales y notar la influencia de los derechos humanos consagrados en la Declaración de la ONU; tanto en los estatutos, como en otras regulaciones de los mismos (como es el caso del derecho al debido proceso).

En ese orden de ideas, es importante señalar el rol de la Corte Penal Internacional en la aplicación e interpretación de las normas internacionales de los derechos humanos y de las resoluciones adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

La Corte es el primer tribunal penal internacional permanente con jurisdicción sobre los crímenes más graves que conciernen a la comu-

a cualquier forma de detención o prisión, Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1998; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), Resolución 40/33 de 28 noviembre de 1985; Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985; entre muchas otras.

³ Sobre la impunidad consultar decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Velásquez-Rodríguez Vs. Honduras, 1988, para. 172-176; Caso Santos Mendoza et al vs. Uruguay, 1992, paras. 50-51; Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador, 2014, paras 170-172; entre otros.

nidad internacional: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión. El párrafo 7 del preámbulo del Estatuto de Roma reafirma los Propósitos y Principios de la Carta de la ONU, lo que implica un recordatorio a los Estados para prevenir y detener los conflictos armados, contribuyendo a la prevención de los crímenes internacionales, a la paz internacional y a la protección de los valores fundamentales de la dignidad y vida humana. (Beck, Hart, 2016: 11)

Asimismo, el artículo 66 del Estatuto consagra la presunción de inocencia y el artículo 67 contiene un catálogo de los derechos del acusado. El artículo 21 del Estatuto en su párrafo tercero dispone que: la aplicación e interpretación de las normas contenidas en el Estatuto debe ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición. Esto significa que se consagra expresamente una cláusula de no discriminación como una garantía al principio de igualdad ante la ley⁴.

En la jurisprudencia de la Corte podemos encontrar referencias a las convenciones regionales sobre derechos humanos, particularmente a la interpretación y aplicación que ejecutan las cortes regionales de derechos humanos, en especial, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵. Igualmente,

⁴ Art. 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 2.1, 3, 26 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; art. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; art. 2 y 3 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los pueblos.

⁵ Ver para referencia: Caso de la Fiscalía contra Germain Katanga, Orden de Reparación, 24 de marzo de 2017, ICC-01/04-01/07-3728, paras 48,57, 127-128; Caso de la Fiscalía contra Thomas Lubanga Dyilo, Razones para la “Decisión de la Sala de Apelación sobre la solicitud de la Defensa ‘Demande de suspension de toute action ou procédure afin de permettre la désignation d’un nouveau Conseil de la Défense del 20 de febrero 2007” del 23 de febrero 2007, 9 de marzo 2007, ICC-01/04-01/06-844, para. 12; Caso de la Fiscalía contra Jean-Pierre Bemba Gombo, Sentencia relativa a la apelación del Sr. Jean-Pierre Bemba Gombo contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares III titulada “Decisión relativa a la solicitud de liberación provisional”, 16 de diciembre 2008, ICC-01/05-01/08-323-tSPA, paras 29-31.

la Corte se ha referido a las resoluciones adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

En el caso de los derechos del acusado la Sala de Apelaciones expresó que “los derechos humanos subyacen al Estatuto, a cada uno de sus aspectos, incluido el ejercicio de la competencia de la Corte. Sus disposiciones deben interpretarse y, sobre todo, aplicarse de forma compatible con los derechos internacionalmente reconocidos; en primer lugar y principalmente, en el contexto del Estatuto, el derecho a un juicio justo, un concepto que goza de amplia aceptación y aplicación, y abarca a todo el proceso judicial”⁶.

La Sala de Primera Instancia II con relación a una demanda de indemnización sobre la base del artículo 85 del Estatuto determinó que el texto de dicho artículo es similar al del artículo 9.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual prevé que toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación. Que no tendría derecho a compensación cuando la detención antes del proceso ha estado fundada en decisiones debidamente motivadas, conforme a las disposiciones del Estatuto y al artículo 58 del mismo, interpretados conforme a los derechos humanos internacionalmente reconocidos⁷.

Por otra parte, no menos importante son los derechos de las víctimas y su legítimo derecho a la reparación, en ese sentido, la Sala de Apelaciones en materia de reparaciones estableció que para los fines de la definición de los términos de víctimas y reparaciones se debe

⁶ Ver Caso de la Fiscalía contra Thomas Lubanga Dyilo, Sentencia sobre la apelación interpuesta por Thomas Lubanga Dyilo contra la Decisión relativa a la impugnación por la Defensa a la competencia de la Corte con arreglo al apartado a) del párrafo 2 del artículo 19 del Estatuto, de 3 de octubre de 2006, 14 de diciembre de 2006, ICC-01/04-01/06-772, para. 37; Caso de la Fiscalía contra Thomas Lubanga Dyilo, Sentencia relativa a la apelación del Fiscal contra la decisión de la Sala de Primera Instancia I titulada “Decisión relativa a las consecuencias de la no divulgación de materiales eximentes comprendidos en los acuerdos previstos en el apartado e) del párrafo 3 del artículo 54 ICC-01/04-02/12-301 junto con algunas otras cuestiones planteadas en la reunión con las partes de 10 de junio de 2008”, 21 de octubre de 2008, ICC-01/04-01/06-1486, paras 77-78.

⁷ Ver Caso de la Fiscalía contra Mathieu Ngudjolo, Décision sur la “Requête en indemnisation en application des dispositions de l’article 85 (1) et (3) du Statut de Rome”, 16 de diciembre de 2015, ICC-01/04-02/12-301, para. 18..

referir a la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y Abuso del Poder. Que esta declaración dispone particularmente que los autores de crímenes y los terceros responsables deben reparar de manera equitativa el perjuicio causado a sus víctimas, a su familia o a otras personas a cargo de la víctima⁸.

Se podría afirmar que hoy más que nunca el reconocimiento y la protección efectiva de los derechos enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos tienen una importancia vital en el derecho internacional, para garantizar el respeto al debido proceso y a una administración de justicia independiente e imparcial que ayude a crear un mundo mejor, con más paz, seguridad y bienestar de la sociedad, como señala el preámbulo del Estatuto de Roma.

⁸ Ver Caso de la Fiscalía contra Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the appeals against the “Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations” of 7 August 2012, 3 de marzo de 2015, ICC-01/04-01/06-3129, para. 66; Caso de la Fiscalía contra Thomas Lubanga Dyilo, Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations, 7 de agosto de 2012, ICC-01/04-01/06-2904, para. 177; Caso de la Fiscalía contra Ahmad Al Faqi Al Mahdi, Orden de reparaciones, 17 de agosto de 2017, ICC-01/12-01/15-236, paras 24-25.

La continua relevancia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el contexto actual

Paulo Abrão¹

Renata Barreto Preturlan²

Hace 25 años, el sistema internacional de derechos humanos vivía en Viena momentos fundacionales. En esta ciudad, se realizó en 1993 la Conferencia de Viena, un encuentro histórico de consolidación del sistema internacional de derechos humanos. Tras décadas de polarización ideológica, durante la Guerra Fría, finalmente se construían consensos importantes en materia de derechos humanos. No se buscaba afirmar la prioridad de los derechos civiles y políticos antes los derechos económicos, sociales y culturales, o al contrario, sino que se reafirmaba la interdependencia, indivisibilidad e interrelación de todos los derechos humanos.

En cierto sentido, se trata del momento que consolidó la visión original de la Declaración Universal de Derechos Humanos: un único rol de derechos, que señalaba un “ideal común” para todos los pueblos. Debido a la coyuntura histórica, la Declaración no pudo desarrollarse en un único Pacto, sino en dos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, apoyado mayormente por el bloque capitalista, y

¹ Doctor en Derecho, es profesor de Derecho en Brasil y España y es Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Anteriormente, fue Secretario Ejecutivo del Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos del MERCOSUR y Presidente de la Comisión de Amnistía de Brasil, encargado de las políticas de reparaciones para las víctimas de la dictadura. También fue Secretario de Justicia de Brasil, Presidente del Comité Nacional para los Refugiados y del Comité Nacional contra la Trata de Personas.

² Maestría en sociología y bachillerato en relaciones internacionales. Es asesora en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Anteriormente, trabajó en la Comisión de Amnistía de Brasil y en la Secretaría de Políticas para las Mujeres, del Gobierno Federal, así como en la sociedad civil en organizaciones de promoción y defensa de los derechos humanos.

el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, apoyado mayormente por el bloque comunista y tercermundista. La Conferencia de Viena representó la afirmación de una nueva visión, integral e integrada, de los derechos humanos, que impulsaría una nueva etapa de desarrollo de tratados internacionales e instituciones internacionales de derechos humanos.

Casi tres décadas después, el escenario de optimismo del inicio de los años 1990 se ha modificado sustantivamente. Los discursos que defendían la consolidación definitiva de la democracia y de los derechos humanos han sido sustituidos por pesimismo y escepticismo. En diferentes regiones del mundo, preocupan los avances del nacionalismo y de la xenofobia, agravados en el contexto de la peor crisis de refugiados desde la Segunda Guerra Mundial. Los discursos de odio, particularmente racial, en contra inmigrantes y minorías étnicas avanzan, amenazando el tejido social y vulnerando derechos humanos de varios grupos.

La lenta recuperación tras la crisis financiera internacional de 2008 se realizó a expensas del agravamiento de la desigualdad económica, que crece continuamente en las últimas décadas. El aumento de la desigualdad está relacionado con la disminución de las capacidades estatales para políticas públicas y proveer servicios, afectando el goce de los derechos económicos, sociales y culturales. Eso es potencializado en un contexto de debilitamiento progresivo de las democracias, lo que representa riesgos aún más intensos en materia de derechos humanos. La propia defensa de los derechos humanos se convierte en un tema políticamente controvertido, en la medida que avanzan, en Europa y en las Américas, movimientos de extrema derecha que son expresamente contrarios a los derechos humanos.

En ese sentido, el principal desafío puesto en materia de derechos humanos se encuentra justamente en lucha contra los retrocesos y la reafirmación del valor del derecho internacional de los derechos humanos y de la contribución que las instituciones del sistema internacional pueden ofrecer con miras a la promoción de la dignidad humana. Es muy oportuno, por lo tanto, que en este año se celebren los 70 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, fecha que nos permite promover reflexión crítica sobre su valor jurídico,

institucional, político y social, así como las estrategias para promover los derechos que en ella se consagran.

En sentido estricto, la Declaración tiene sentido aspiracional no vinculante, o sea, no se crearon mecanismos para asegurar su observancia y cumplimiento. Sin embargo, se puede argumentar que su valor jurídico no se puede analizar de manera aislada. Más bien, el valor jurídico de la Declaración se manifiesta en el amplio marco jurídico internacional que se desarrolló a partir de ella, en inúmeros tratados internacionales y regionales que detallan, sistematizan y aclaran los derechos enunciados en la Declaración. Según informaciones de la Organización de las Naciones Unidas, todos los países miembros han ratificado por lo menos un tratado internacional de derechos humanos, y 80% de los miembros han firmado más de cuatro tratados. Eso significa que, aunque la Declaración en sí misma no sea vinculante, los Estados se han adherido, con diferentes grados, a un sistema internacional de derechos humanos que establece obligaciones internacionales, con el apoyo de una institucionalidad específica para ese fin, cuyo centro es la propia Declaración Universal de Derechos Humanos.

Si consideramos el principio básico del derecho internacional de la obligatoriedad de los compromisos internacionales (“*pacta sunt servanda*”); si aceptamos que los Estados sostienen financiera y políticamente instituciones internacionales cuya misión es promover y proteger los derechos humanos, así como hacer cumplir los tratados internacionales de derechos humanos; tenemos que concluir que la Declaración Universal tiene un enorme valor jurídico, político e institucional en la sustentación y legitimación de todo el sistema internacional de derechos humanos.

Las críticas a la ineffectividad de las instituciones internacionales, así como los retrocesos del multilateralismo en el contexto actual, deben preocupar a los defensores y defensoras de derechos humanos, por la amenaza que representan a esa estructura jurídico-institucional de protección. Desde la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con la elaboración de nuestro Plan Estratégico CIDH 2017-2021, hemos consolidado un análisis respecto a esos desafíos —que no se limitan a las Américas.

Considerando los grandes avances en estándares de derechos humanos que se han alcanzado en casi seis décadas, así como los re-

trocesos en marcha en la región, el Plan Estratégico pone énfasis en asegurar la efectividad de la CIDH a partir de un tratamiento innovador en materia de seguimiento de recomendaciones, entre otras medidas. Con nuevas metodologías y una mirada transversal a todos los mandatos y herramientas de la CIDH, el seguimiento de recomendaciones podrá ampliar el cumplimiento de las recomendaciones realizadas por la Comisión. Los impactos en términos de ampliación de la protección y promoción de los derechos humanos en la región, así como de su difusión, representarían un aumento de la efectividad y, por consecuencia, de la propia legitimidad de un sistema internacional de derechos humanos y sus instrumentos. Se espera que, por un lado, se pueda evitar retrocesos y, por otro, se pueda fortalecer el rol de los organismos internacionales de derechos humanos en contextos de cuestionamientos.

Aunque los desafíos de hoy son grandes e importantes, no debemos permitirnos olvidar los importantes avances que se han conquistado hasta el momento. No sólo el sistema internacional de derechos humanos se ha ampliado en términos de tratados e instituciones internacionales, sino también —y más importante— ha sido efectivo en la ampliación del goce de los derechos humanos en el mundo. Este argumento, tan bien demostrado empíricamente por Kathryn Sikkink en su último libro *Evidence for Hope*, debe de ser resaltado: desde la Segunda Guerra Mundial, se han registrado avances significativos en el ejercicio de prácticamente todos los derechos humanos, con la ampliación de las democracias, el avance del respeto al debido proceso legal, la disminución de prácticas como torturas y ejecuciones extrajudiciales, la disminución del hambre, la ampliación del acceso a la educación y salud, entre otros. A la excepción del número histórico de refugiados que se registra hoy, vemos avances en todas las áreas —como regla general, aunque pueda haber situaciones específicas de agravación de violaciones de derechos humanos en algunos países o regiones.

Esto es una indicación clara de que la construcción del sistema internacional de derechos humanos ha sido efectiva en su objetivo principal. Este sistema, que tiene en su origen y centro la Declaración Universal de Derechos Humanos, ha sido exitoso y ha generado avances progresivos, aunque quizás no en el ritmo deseable o necesario. En el año en que se cumplen los 70 años de la Declaración, debemos

reconocer que, a pesar de los cambios en contextos y escenarios, se han promovido mejoras a partir del ideal común fijado por ella. Ante los desafíos actuales, debemos seguir defendiendo y promoviendo ese ideal, así como los instrumentos e instituciones que buscan hacerlo realidad.

A Difícil Tarefa de Globalizar a Declaração Universal dos Direitos Humanos

Prudente José Silveira Mello¹

Introdução

Em 2018 o mundo estará comemorando os 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, oficialmente lançada pela ONU em 10 de dezembro de 1948. Inspirada e pautada pela compreensão de que “a efetiva proteção dos direitos humanos era condição essencial para a paz mundial e para o progresso da humanidade” (Levin, 1985: 14), a Declaração é fruto de um momento em que o mundo saía de um dos maiores conflitos que deixou marcas profundas na história da humanidade —testemunha e vítima de crimes e atrocidades praticados durante a 2a. Grande Mundial, em um cenário onde as grandes potências ocidentais tinham como base e inspiração a política econômica do Estado intervencionista de Keynes, a sociedade de bem-estar social e o “pleno emprego”.

Em consequência, os direitos humanos ganharam destaque e relevância nas décadas de 1950, 1960 e 1970 sendo reconhecidos por instituições e instrumentos jurídicos internacionais e legitimando as lutas sociais e políticas, com a forte presença e participação dos trabalhadores e do movimento sindical. Este quadro é a base que fundamenta a formulação e legitimação do reconhecimento de sistemas políticos democráticos.

O avanço do neoliberalismo

A partir do final dos anos 1970, há um rompimento deste modelo que estava em curso, não só na Europa, em que o Estado tinha um

¹ Doutor em Direitos Humanos pela Universidade Pablo de Olavide (Espanha). Professor da Faculdade CESUSC (Brasil); Advogado do Mello, Zilli, Schmidt & Prado Advogados Associados e diretor executivo adjunto do Instituto Joaquín Herrera Flores (Brasil).

papel preponderante assegurando políticas sociais, mas em boa parte dos países que também seguiam este modelo dando espaço para a ascensão do novo liberalismo em especial com a vitória de Margaret Thatcher, na Inglaterra, ao final de 1979, quando, finalmente entra em cena, agora como protagonistas, as ideias de Friedrich Hayek, Milton Friedman entre outros, integrantes da Sociedade de Mont Pèlerin (Anderson, 1996: 10).

Esta ruptura impôs ‘políticas de desregulação, desemprego em larga escala, leis trabalhistas flexíveis, com menos garantias, repressão às organizações sindicais, programas de privatização de bens públicos, redução de impostos aos ricos e cortes de gastos sociais’, que passou a ser experimentado e propagado entre os vários continentes. Estava consolidado o modelo de um capitalismo, duro e livre de regras e contrário à intervenção do Estado em relação aos mecanismos de mercado, que passou a denominar-se de Neoliberalismo.

Como repensar os direitos humanos

É neste cenário que vivemos desde então, que devemos analisar e refletir sobre a Declaração Universal de Direitos Humanos e seus princípios *universais, invioláveis e intransferíveis*, pois mesmo considerando que o seu reconhecimento pelos países constituiu-se em um avanço civilizatório importante, sabemos que isto não assegura ou garante a sua efetividade. A sua existência é um elemento fundamental como instrumento de legitimação e propulsor de ideais de construção da dignidade humana.

Portanto, repensar os direitos humanos a partir da Declaração Universal de 1948, além de oportuno é de extrema importância, visto que o tema goza de grande visibilidade, sendo muito difundido e comentado mas, contraditoriamente há um processo sistemático, cotidiano e constante de violações dos mesmos.

O professor sevillano Joaquín Herrera Flores, em sua obra ‘A (re) invenção dos Direitos Humanos’ nos traz a seguinte reflexão:

“Os direitos humanos constituem o principal desafio para humanidade nos primórdios do século XXI. Entretanto, os limites impostos ao longo da história pelas propostas do liberalismo político e econômico exigem uma reformulação geral que os aproximem da problemática pela qual

passamos hoje em dia. A globalização da racionalidade capitalista supõe a generalização de uma ideologia baseada no individualismo, competitividade e exploração.

Essa constatação nos obriga a todos estarmos comprometidos com uma visão crítica emancipadora dos direitos humanos a contrapor outro tipo de racionalidade mais atenta aos desejos e às necessidades humanas que as expectativas de benefício imediato do capital” (2009: 23).

A Declaração foi concebida a partir de uma visão ocidental e que tem como pressuposto a busca de sua efetividade, em âmbito internacional. Mas ‘os direitos humanos não se efetivam, pela mera formalização de normas, em instrumentos internacionais’, posto que as normas, leis e o direito, não são neutros, sofrem as imposições ideológicas, mediante mecanismos e meios de aplicação, com a finalidade última de dominação.

Franz J. Hinkelammert (2000) indica os caminhos para tentar entender como atuam os processos e os despiques dos “donos do mundo”, ao tratar da ‘inversão ideológica dos direitos humanos’ quando, em nome da defesa dos direitos humanos, se praticam ou violam os próprios direitos humanos, com a inversão de valores e conceitos.

Criminalizam-se as vítimas e reconhecem os culpados como inocentes, promovendo a inversão. Como em um espelho, as imagens estão invertidas, e são responsabilizados exatamente aqueles que são vítimas da violação dos direitos humanos. Os violadores neste espelho são considerados vítimas ou seus atos expostos, como se os tivessem realizados em prol ou em defesa dos direitos humanos. E assim propiciando maior concentração de poder e desempoderamento daqueles que se insurgem contra o processo de dominação.

Os que se contrapõem a esta nova ordem econômica, lutando contra a flexibilização dos direitos trabalhistas, sociais e a redução de direitos construídos a partir do ‘estado de bem estar social’, são tratados como inimigos, perseguidos pelos Estados cooptados pelo Neoliberalismo.

Como afirmado por Laval e Dardot, a visão neoliberal busca

“debilitar hasta hacer desaparecer todo aquello que había permitido a los individuos, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo xx, no depender por completo del capital y del mercado. El efecto más general de esta guerra es desactivar toda capacidad de acción colectiva autónoma

de la sociedad. El neoliberalismo trabaja activamente para derrotar a la democracia” (2017: 35).

As atividades de resistência e luta operária, como o exercício ao direito de greve, são atacadas e criminalizadas, impedindo que os trabalhadores possam defender-se da exploração econômica posta de forma desenfreada.

Vivemos tempos sombrios, em que o poder econômico cada vez mais concentra riquezas, consolidando-se em um restrito clube de bilionários, que ditam as regras, em um ambiente em que o crescimento econômico beneficia aos que têm mais. Segundo a ONG Internacional Oxfam²

“Oito pessoas concentram em suas mãos a riqueza equivalente de outros 3,6 bilhões, a metade mais pobre da população mundial, como denunciou a ONG Oxfam no relatório Uma economia a serviço dos 99%” (Trotta, 2017).

O modelo econômico é o responsável pelas desigualdades sociais, que de maneira injustificada, a cada ano, consome a vida de milhões de pessoas, por falta de condições que assegurem alimentação, saúde, moradia e outras exigências fundamentais para um mínimo de vida digna. Sendo injusto e insustentável.

A grande maioria dos países, tem menos poder que as grandes corporações mundiais, que buscam apenas aumentar a rentabilidade de investidores e acionistas. Ainda segundo a Oxfam, no ano de “2015, as dez maiores empresas do mundo obtiveram um faturamento superior à receita total dos Governos de 180 países” (idem). Fragilizando os Estados Nacionais, com a perda de soberania, em detrimento dos organismos e poderes privados, constituídos pelas grandes corporações.

Este processo compromete a possibilidade de uma globalização de direitos humanos, pois o que está em curso é uma globalização de natureza econômica, a serviço da reorganização da produção em nível global, levado a cabo por meio de desregulamentações, privatizações, desemprego estrutural, desmonte dos estados nacionais, desconstru-

² Oxford Committee for Famine Relief

ção de políticas públicas e outras formas que desempoderam e invisibilizam os atores e os coletivos que lutam contra as desigualdades, em prol de uma vida digna.

Susan George entende que a globalização econômica em curso é ‘diretamente contrária aos direitos humanos’, em razão de ter realizado nas últimas décadas, transferência de riquezas dos pobres aos mais ricos, que ficaram mais abastados, agravando a desigualdades entre nações e fortalecendo o capital em prejuízo do trabalho (2004).

Como então devemos compreender a Declaração Universal dos Direitos Humanos, para os dias de hoje? Como instrumento de luta, como uma ferramenta que deve ser utilizada, para que possamos alcançar objetivos incumpridos, criar condições para superação da ordem econômica injusta, determinada pela globalização neoliberal.

Se nos detivermos apenas nos artigos 23 e 25 do instrumento:

Artigo 23

1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego;

2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho;

3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social;

4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

Artigo 25

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle (ONU, 1945).

Constatamos o quanto nos parece utópicos os referidos artigos, postos em confronto aos dados que indicam a concentração econômica, a ausência de distribuição da riqueza em uma ordem global, que nega o acesso a bens materiais e imateriais a maior parte dos homens e mulheres do planeta. Que obriga a desregulamentação e flexibilização do direito laboral em nível mundial, diminuindo a capacidade de

contraposição das organizações sindicais e de classe, que historicamente atuaram em defesa destes direitos.

Em que se criminalizam os trabalhadores e o movimento sindical, por seus processos de lutas, atestando a eles um caráter violador de direitos, quando o que a classe trabalhadora sempre realizou, foi exatamente o contrário.

Precisamos buscar pensar diferente, rompendo com a lógica vigente que nos é imposta, compreender que um ‘outro mundo é possível’, partindo de uma nova perspectiva “*dos direitos como processos institucionais e sociais que possibilitem a abertura e a consolidação de espaços de luta pela dignidade humana*” (Herrera Flores, 2009: 25).

Em que os grupos sociais, os indivíduos, as organizações tenham a possibilidade de lutar pelo acesso aos bens, que comprometam os direitos humanos, garantindo as condições materiais e imateriais necessárias a uma vida digna de ser vivida.

Para tanto há uma necessidade de empoderar os excluídos, os atores sociais, para que possam se contrapor a globalização neoliberal, e pensar de maneira distinta do imposto, criando espaços que permitam a transferência de poder, visibilizando estes segmentos, garantindo o acesso aos bens materiais e imateriais aos homens e mulheres, pois só assim, a Declaração Universal de Direitos Humanos deixará de ser ‘utopia/promessa’, para se concretizar como ‘realidade/efetividade’, garantindo a dignidade humana.

Teoria Crítica dos Direitos Humanos: Racionalidade de Resistência

Ramiro Rockenbach da Silva Matos Teixeira de Almeida¹
Ruben Rockenbach Manente²

A Declaração Universal dos Direitos Humanos completa, em dezembro de 2018, setenta anos. O documento reflete a chamada concepção contemporânea dos direitos humanos marcada pela universalidade e indivisibilidade de tais direitos. De fato, a teoria tradicional (e hegemônica) dos direitos humanos tem como essência a positivação no âmbito internacional em relação à matéria, surgida, em especial, na época do pós-guerra e com a elaboração, pela Organização das Nações Unidas (ONU), da Declaração dos Direitos Humanos de 1948, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ambos de 1966.

A questão é que, apesar da referida interdependência, indivisibilidade e inter-relação dos direitos civis, políticos, econômicos, culturais e sociais, por que os direitos humanos previstos em tratados e convenções internacionais não são concretizados no mundo real? Qual a razão do abismo entre as normas e os fatos? De que resulta a inefetividade das normas que estabelecem a garantia de uma vida digna de ser vivida? Será pela circunstância de que, como afirma o poeta uruguaio Eduardo Galeano (2005: 126), no mundo de hoje as palavras e os fatos raramente se encontram, quando se encontram, como não se conhecem, não se cumprimentam?

Ocorre, contudo, que estamos (e vivemos) em um contexto absurdamente diferente daquele que impulsionou a comunidade internacional a partir de 1948 e em que se construiu a teoria tradicional dos direitos humanos. As promessas de um mundo novo e melhor não se

¹ Doutor em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidade Pablo de Olavide (Espanha) e Membro do Ministério Público Federal do Brasil.

² Doutor em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidade Pablo de Olavide (Espanha). Professor de Direito Penal da Faculdade CESUSC (Brasil).

concretizaram. As declarações, os pactos e as convenções assinadas pela comunidade internacional estão cada vez mais longe de serem efetivadas. A existência de uma legião de excluídos e alijados do processo econômico revela a incapacidade —pelo menos em termos de efetivação e implementação— da racionalidade e das promessas da modernidade.

Neste sentido o informe sobre “o estado dos direitos humanos no mundo” elaborado pela Anistia Internacional no ano de 2015/16 (é revelador em relação ao não cumprimento da promessa de “livrar as pessoas do medo e da necessidade”, e, ademais, o fato de estarmos vendo a “eclosão de tantas novas crises sem que nenhuma das anteriores tenha sido resolvida mostra uma clara falta de capacidade e de vontade política para acabar com os conflitos, menos ainda para preveni-los. O resultado é a proliferação alarmante de incertezas e impunidade” (p. 10).

O custo deste fracasso é que milhões de pessoas estão sendo privadas de seu direito a viver com dignidade —não apenas desfrutar de sua liberdade política, mas também ter acesso a alimentos, à moradia, a serviços de saúde, à educação e à segurança, tal como está consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos. De fato, nos adverte Gerardo Pisarello, que a “historia de las políticas sociales modernas se ha caracterizado, entre otros aspectos, por su carácter limitado y excluyente tanto desde el punto de vista espacial como de los sujetos concernidos por ellas”. (Pisarello, 2007: 30/31)³.

Logo, neste paradoxal contexto, é necessária uma nova concepção dos direitos humanos que possa potencializar a multidão oprimida e reduzir a desigualdade de poder material no momento de ascender aos bens (materiais e imateriais) indispensáveis para uma vida digna de ser vivida. Identificaremos, pois, as bases para a reconstrução de uma teoria crítica dos direitos humanos que seja capaz de efetivar uma política progressiva e emancipatória em prol da efetivação do acesso aos bens.

³ “história das políticas sociais modernas se caracterizou, entre outros aspectos, por seu caráter limitado e excludente tanto desde o ponto de vista espacial como dos sujeitos concernidos por elas”. (tradução livre). Pisarello, G. (2007) *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, p. 30-31.

Tal tarefa exige que sejam claramente entendidas as tensões dialéticas que informam a modernidade e os paradoxos que subjazem à forma ocidental de entender os direitos humanos como universalismo abstrato. A ideia central é desenvolver um panorama geral capaz de potencializar a matriz emancipatória da política de direitos humanos. É que tal política é atualmente um fator chave para compreender a crise.

A forma como os direitos humanos se transformou, nas duas últimas décadas, na linguagem da política progressista e em quase sinônimo de emancipação social causa alguma complexidade, nos adverte Boaventura de Sousa Santos (2006: 433). A justificativa, segundo o sociólogo português, reside no fato de que, quer nos países centrais, quer em todo o mundo em desenvolvimento, as forças progressivas preferiram a linguagem da revolução e do socialismo para formular uma política emancipatória. No entanto, perante a crise aparentemente irreversível desses projetos de emancipação, são essas mesmas forças que recorrem hoje aos direitos humanos para reinventar a linguagem da emancipação. É como “se os direitos humanos fossem invocados para preencher o vazio deixado pelo socialismo ou, mais em geral, pelos projetos emancipatórios”. (idem)

Por essa razão, Herrera Flores afirma que os direitos humanos constituem o principal desafio para a humanidade no nosso século. Contudo, os limites impostos ao longo da história pelas propostas do liberalismo político e econômico exigem uma reformulação geral que aproxime os direitos humanos da problemática do complexo contexto atual. A globalização da racionalidade capitalista supõe a generalização de uma ideologia baseada no individualismo, competitividade e exploração. Esta constatação nos obriga “a contrapor outro tipo de racionalidade mais atenta aos desejos e às necessidades humanas que às expectativas de benefício imediato do capital”. (2009: 21)

Os direitos humanos poderão realmente preencher o referido vazio se for adotada uma nova política de direitos humanos radicalmente oposta da concepção liberal hegemônica e se tal política for concebida como parte de uma constelação mais ampla de luta pela emancipação social. Assim, os direitos humanos poderão se converter em uma pauta jurídica, ética e social que sirva de fio condutor para a construção dessa nova racionalidade, mas, para tanto, “devemos

libertá-los da jaula de ferro na qual foram encerrados pela ideologia de mercado e sua legitimação jurídica formalista e abstrata”. (idem) Enfim, a luta pelos direitos humanos no mundo contemporâneo passa necessariamente por sua redefinição teórica.

Com efeito, Boaventura de Sousa Santos identifica três tensões dialéticas que informam a modernidade ocidental no século XXI e sustenta que a política de direitos humanos é atualmente um fator chave para compreender tal crise. A primeira tensão seria entre regulação social e emancipação social; a segunda entre o Estado e a sociedade civil, e a terceira entre o Estado-nação e a globalização (2006: 434-436).

Identificamos no discurso globalizante a principal característica da teoria tradicional dos direitos humanos: a universalidade abstrata. Tal narrativa evita a questão central dos direitos humanos deslocando seu objeto (a dignidade!) e invisibiliza o fato de que a universalidade dos direitos humanos é “uma questão cultural do Ocidente. Logo (...) são universais apenas quando olhados de um ponto de vista ocidental. Por isso mesmo, a questão da universalidade dos direitos humanos trai a universalidade do que questiona ao questioná-lo”. (idem: 443) Ademais, culturas como a chinesa e a hindu, formadas por bilhões de pessoas, “não valorizam direitos mas ‘obrigações’, ‘virtudes’ etc” e “não possuíam, antes da influência europeia, concepção equivalente à de direitos (humanos) fundamentais”. (Ferreira Filho, 2016: 31) A universalidade, seja como for, não é aplicada.

Por isso é urgente apontar as condições que permitam, na esfera global e local, fundar uma nova política progressista de direitos humanos concebidos como a energia e a linguagem de esferas públicas locais, nacionais e transnacionais, atuando em rede para garantir novas e intensas formas de inclusão social, ou ainda, falar da abertura de processos de luta pela dignidade.

Imperioso, assim, a adoção da teoria crítica dos direitos humanos, uma vez que está comprometida e ideologicamente identificada com os grupos historicamente oprimidos, por meio de cinco pautas para uma atuação prática orientada:

Primeiro, e mais importante, devemos começar reconhecendo que nascemos e vivemos com a necessidade de satisfazer conjuntos culturalmente determinados de bens materiais e imateriais e, dependendo

do entorno de relações nas quais vivamos, estes ou aqueles serão os bens a que tentamos ter acesso. Isso significa dizer e compreender que em primeiro lugar não estão os direitos, mas os bens.

Os direitos humanos, nesta perspectiva, se materializam por processos de luta (reivindicações) postos em marcha a todo momento e cujos resultados obtidos são provisórios e vão se alterando (para frente ou para trás) de acordo com as condições que o cercam (históricas, sociais, culturais, econômicas, políticas etc). Via de consequência, se uma pessoa, em qualquer lugar do mundo, quando necessitando e querendo se alimentar não tem como o fazer, ela não é titular de um direito humano à alimentação. Se não temos um meio ambiente equilibrado, como dizer que este é um direito humano nosso? São os bens, e não os direitos, que vêm primeiro. Se não temos condições de acessar àqueles (os bens) não temos estes (os direitos). Caso contrário, o direito passa ao plano da retórica, da metafísica, do discurso vazio e desprovido de sentido real: pura abstração e formalismo. Ter direito humano à vida digna significa viver dignamente. Isso é indissociável. Pensar que ter um direito é uma coisa e o bem —material e imaterial— que o concretiza é outra serve apenas à manutenção das desigualdades socioeconômicas e não à superação delas.

Tal concepção impõe a necessidade de se reconhecer que os direitos humanos não devem confundir-se com os direitos positivados em nível nacional ou internacional; ao contrário, são eles uma convenção cultural que utilizamos para introduzir uma tensão entre os direitos reconhecidos e as práticas sociais que buscam tanto seu reconhecimento ou outro procedimento que garanta algo que é, ao mesmo tempo, exterior e interior a tais normas. Quando falamos de direitos humanos, falamos de dinâmicas sociais que tendem a construir condições materiais e imateriais necessárias para conseguir determinados objetivos genéricos que estão fora do direito. Os direitos humanos entendidos como prática social, como expressão axiológica, normativa e institucional que, em cada contexto, abre e consolida espaços de luta por uma vida mais digna, não se reduzem a um único momento histórico e a uma única dimensão jurídica.

Segundo, devemos ter em conta que precisamos satisfazer nossas necessidades imersos em sistemas de valores e processos que impõe um acesso restringido, desigual e hierarquizado aos bens, sendo este

fato materializado ao longo da história por meio de marcos hegemônicos de divisão social, sexual, étnica e territorial do fazer humano.

Terceiro, a história dos grupos marginalizados e oprimidos por esses processos de divisão do fazer humano é a história do esforço para levar adiante práticas e dinâmicas sociais de luta contra esses mesmos grupos.

Quarto, o objetivo fundamental de tais lutas não é outro que poder viver com dignidade, o que, em termos materiais, significa generalizar processos igualitários (e não hierarquizados “*a priori*”) de acesso aos bens materiais e imateriais.

Quinto, devemos atuar, na medida de nossas possibilidades, na construção de um sistema de garantias (econômicas, políticas, sociais e, sobretudo, jurídicas) que comprometam as instituições nacionais e internacionais ao cumprimento daquilo conquistado por essas lutas pela dignidade de todos e todas.

A proposta é fazer a história criando um imaginário social instituinte com a adoção de uma nova forma de imaginar e irromper no mundo, a fim de propiciar intempestivamente três tendências: (a) criar constantemente novos caminhos de ação e reflexão; (b) potencializar a capacidade humana de transformação e criação de sentidos, para propor desvios do dominante e novas direções alternativas; e (c) atuar afirmativamente entrelaçando e articulando as múltiplas e diferentes formas de luta pela dignidade. Enxergar os direitos humanos como processos culturais nos permitem diferenciar o “estado de fato” e a “realidade” para podermos imprimir a noção dos signos como guia que oriente nossa ação social a partir das funções reveladas pelo aspecto causal (visibilizar), metamórfico (desestabilizar) e interativo (transformar).

Ou, em outras palavras, as desigualdades socioeconômicas mais que nunca não de ser visibilizadas: conhecidas, percebidas, sentidas; e, uma vez reveladas questões até então ocultas ou que pareciam sem maior importância, desestabilizadas: no sentido de se analisar o que aparentemente “é como é”, mas que, em verdade, pode ser diferente; e, por fim, transformadas: de modo a fazer prevalecer valores que assegurem ou ao menos aprimorem a efetivação de direitos humanos, pondo-se fim às injustiças que, há tanto tempo, marcam vários povos, homens e mulheres de todas as culturas e gerações.

El *Ius Cogens* en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016-2017)¹

Ricardo Abello-Galvis²

Introducción

El concepto de *ius cogens* es uno de los que, en derecho internacional, ha sido más discutido y sobre el que menos consenso se ha encontrado como consecuencia de la dificultad probatoria que tiene, en este sentido Alain Pellet, sostiene que “*la preuve de l’existence du ius cogens est diabolique. Et pourtant il est [...] Pourquoi? parce que je le sais, parce que nous le savons, parce que les États le savent et, parfois, le proclament*” (Pellet, 2006: 420) y precisamente por esto, Ian Brownlie sostenía que el *ius cogens* “es un vehículo que rara vez sale del garaje” (ídem; Momtaz, 2017: 331) en la medida que se trata de una herramienta disuasiva (Pellet, 2006: 421).

El desarrollo forzosamente debe tener una serie de matices diferentes, no es lo mismo un análisis bajo una perspectiva del derecho internacional general que bajo una perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, es claro que los tribunales internacionales de derechos humanos tienen una visión más amplia y generosa que aquellos tribunales de vocación universal. Es más, la corte que más ha hecho uso de las normas de *ius cogens* es la Corte

¹ La presente contribución hace parte del proyecto de investigación “¿Es viable un *Ius Cogens* regional? El alcance de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en el marco de la línea “Tribunales Internacionales” del Grupo de investigación en Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Rosario (Bogotá-Colombia).

² Profesor de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario; M/Phil en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales del Instituto de altos Estudios Internacionales de Ginebra; Director del *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*; Ex-Presidente de la Academia Colombiana de Derecho Internacional, Presidente del Colegio de Abogados Rosaristas.

Interamericana de Derechos Humanos con relación a otros tribunales como la Corte Europea o la africana de Derechos Humanos.

Concepto de *ius cogens* de acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados-CVDT

A la luz del derecho positivo, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (ONU, 1987: 331) fue la encargada de darle vida propia al concepto de normas de *ius cogens*. En este sentido, los artículos 53 y 64 de dicha Convención enuncian lo que se entiende por este tipo de normas y señala que los elementos necesarios para su existencia son los siguientes: a) Debe ser una norma de derecho internacional general; b) Debe ser aceptada por la comunidad internacional de Estados en su conjunto; c) No admite acuerdo en contrario; d) Solo puede ser modificada por otra norma de *ius cogens*.

Estos elementos, que a simple vista son fáciles de identificar y determinar, en realidad se han convertido en una talanquera para determinar que normas los cumplen y ha llevado a que sea la doctrina y la jurisprudencia quienes determinen lo que para ellos es, o no es, norma de *ius cogens*.

Ahora bien, si se ha dicho que uno de los elementos indispensables es la “aceptación por la comunidad internacional de Estados en su conjunto”, es decir, que se trata de un concepto que, *a priori*, es de vocación universal, ¿cómo debemos entender el hecho que la Corte interamericana de Derechos Humanos, que es un tribunal de vocación regional, haya desarrollado este concepto como ningún otro tribunal lo ha hecho? ¿Esto quiere decir que nos encontramos frente a un *ius cogens* regional? ¿A nuestro modo de ver sí? Y lo hace por la vía del concepto de las normas *erga omnes parte*³ en el que se entiende por ese grupo de “Estados en su conjunto” precisamente aquellos Estados

³ Asamblea General de las Naciones Unidas; *Responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito*, Artículo 8, A/RES/56/83, 28 de enero de 2002, p. 11. <http://undocs.org/es/A/RES/56/83> (Visto el: 13 de marzo de 2018). *Erga Omnes parte ver*: Ragazzi, M. (2002); *The concept of International Obligations Erga Omnes*, Clarendon Press, Oxford, p. 201.

que son parte de un mismo sistema, en este caso el Sistema Interamericano.

Es precisamente gracias a esa forma de ver y desarrollar el derecho que la Corte Interamericana ha seguido consolidando el concepto de normas de *ius cogens*, o normas imperativas. En el presente documento analizaremos la consolidación que le ha dado en los años 2016 y 2017. Para ver el desarrollo que ha tenido en años anteriores el lector puede remitirse a las publicaciones que he realizado con anterioridad⁴.

Derechos consagrados como de *ius cogens* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el período que nos ocupa en el presente análisis, la Corte Interamericana tuvo la oportunidad de referirse al concepto de normas de *ius cogens* en nueve casos contenciosos y en una opinión consultiva. Los derechos a los que la Corte se refirió como imperativos fueron los siguientes:

Esclavitud

Como ya hemos tenido la oportunidad de mencionarlo en escritos anteriores⁵, “la primera vez que se hace referencia al *ius cogens* en las

⁴ Abello-Galvis, Ricardo; “La jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l’Homme et le *ius cogens* (2013-février 2016), Crawford, James *et al*; *The International Legal Order: Current Needs and Possible Responses, Essays in Honour of Djamchid Momtaz*; Brill-Nijhoff, Leiden, 2017, p. 535-543. Abello-Galvis, Ricardo; “La Jerarquía normativa en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Evolución jurisprudencial del *ius cogens* 1993-2012”, *Revista del Instituto Brasileiro do Direitos Humanos*, Año 12, Vol. 12, n°12, 2012, pp. 357-375 y Abello-Galvis, Ricardo; “Introducción al estudio de las normas de *Ius Cogens* en el seno de la Comisión de Derecho Internacional-CDI”, *Universidad Javeriana Revista Universitas*, 2011, pp. 75-104.

⁵ Abello-Galvis, Ricardo; “La jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l’Homme et le *ius cogens* (2013-février 2016), Crawford, James *et al*; *The International Legal Order: Current Needs and Possible Responses, Essays in Honour of Djamchid Momtaz*; Brill-Nijhoff, Leiden, 2017, p. 536. Abello-Gal-

decisiones de la Corte es en 1993 en el caso *Alobotoe c. Surinam* en el que la Corte declara la nulidad de un “tratado” celebrado en 1762 en los siguientes términos:

La Corte no considera necesario investigar si dicho convenio es un tratado internacional. Sólo se limita a observar que si así hubiera sido, el tratado hoy sería nulo por ser contrario a reglas de *ius cogens* superveniens. En efecto, en ese convenio los saramacas se obligan, entre otras cosas, a capturar los esclavos que hayan desertado, a hacerlos prisioneros y a devolverlos al Gobernador de Suriname, quien les pagará entre 10 y 50 florines por cada uno, según la distancia del lugar de su captura. Otro artículo faculta a los saramacas a vender a los holandeses, en calidad de esclavos, otros prisioneros que pudieren capturar. Un convenio de esta índole no puede ser invocado ante un tribunal internacional de derechos humanos (Abello-Galvis, 2012: 359)⁶.

Así mismo, su evolución y consolidación fue bastante lenta (ídem). Sin embargo, en este período la Corte se pronunció en dos casos con relación a la Esclavitud.

El primero de ellos fue en el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*, caso en el que reafirmó de forma clara y tajante que se trata de una norma con carácter de *ius cogens* y por ende es imprescriptible. En este sentido sostuvo que “la prescripción de la acción penal es inadmisibles cuando así lo dispone el derecho internacional. En este caso la esclavitud es considerada un delito de derecho internacional cuya prohibición tiene estatus de *ius cogens*. Así mismo, la Corte ha indicado que no es admisible la invocación de figuras procesales como la prescripción, para evadir la obligación de investigar y sancionar estos delitos”⁷. Tal y como lo menciona el profesor Djamchid Momtaz “se puede impedir que el tiempo borre las consecuencias de la ilegali-

vis, Ricardo; “La Jerarquía normativa en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Evolución jurisprudencial del *ius cogens* 1993-2012”, *Revista del Instituto Brasileiro do Direitos Humanos*, Año 12, Vol. 12, n°12, 2012, pp. 359.

⁶ Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Alobotoe c. Surinam*, Sentencia del 10 de septiembre de 1993. Párr. 57.

⁷ *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde c. Brasil, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 20 de octubre de 2016, párr. 412. En este sentido pueden verse también los párrafos 413 y 454. Ver también: *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 41; *Caso Almonacid Arellano*, párr. 110.

dad y que la efectividad no triunfe a costa de las normas imperativas del derecho internacional” (Momtaz, 2017: 218).

Un mes después, el 30 de noviembre de 2016, la Corte reafirmó nuevamente el concepto relativo a la esclavitud, pero además haciendo referencia a la servidumbre en los siguientes términos “la Corte recuerda que la protección contra la esclavitud y servidumbre es una obligación internacional *erga omnes*, constitutiva de delito internacional y de carácter imprescriptible, cuya prohibición alcanzó el estatus de *ius cogens*. Por estos motivos, cuando los Estados tengan conocimiento de un acto que pudiese ser constitutivo de esclavitud o servidumbre, en los términos de lo dispuesto por el artículo 6 de la Convención Americana, deben iniciar *ex officio* la investigación pertinente a efectos de establecer las responsabilidades individuales que correspondan”⁸.

Un segundo aspecto que es interesante en la sentencia *Trabajadores de la Hacienda Brasil* es el hecho de haber hecho referencia, como lo veremos más adelante, a un segundo principio con carácter *ius cogens* para salvaguardar los derechos de los trabajadores, al afirmar que también se debe tener en cuenta el principio de igualdad y no discriminación⁹.

A pesar de las dificultades que tuvo la esclavitud para consolidarse como norma de *ius cogens* en el Sistema Interamericano, creemos que hoy en día su carácter imperativo es innegable hoy en día para la Corte Interamericana.

⁸ *Caso Miembros de la aldea Chichupac y Comunidades vecinas del Municipio de Rabinal c. Guatemala, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 30 de noviembre de 2016, párr. 216. Ver también: *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 454 y *Caso Masacres de Rio Negro Vs. Guatemala*, párr. 225.

⁹ *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde c. Brasil, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 20 de octubre de 2016, párr. 416.

Igualdad y no discriminación

Sin lugar a dudas, este fue el principio que más se tuvo en cuenta en los diferentes procesos que adelantó la Corte Interamericana en los años 2016 y 2017. Desde el caso *Duque* hasta la Opinión Consultiva número 24, relativa a la *identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, la Corte se pronunció en cinco ocasiones sobre el carácter *ius cogens* de este principio.

En estos casos, la Corte reiteró una y otra vez que “el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico. Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de *jure o de facto*”¹⁰.

Desaparición forzada

Durante este período de dos años (2016-2017), la Corte Interamericana se pronunció en una sola ocasión con relación a la desaparición forzada, lo hizo en el caso *Tenorio Roca y otros*. La Corte consideró que este delito ya se encuentra plenamente consolidado como de *ius cogens*, en este sentido reafirmó que “La Corte ha verificado la con-

¹⁰ *Caso Gutiérrez Hernández y otros c. Guatemala, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de agosto de 2017, párr. 150. En idéntico sentido ver: *Caso I.V. c. Bolivia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 30 de noviembre de 2016, párr. 238. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 416. *Caso Flor Freire c. Ecuador, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2016, párr. 109. *Caso Duque c. Colombia, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 26 de febrero de 2016, párr. 91 y de forma más reciente en la *Opinión Consultiva OC-24/17* del 24 de noviembre de 2017 y que fue solicitada por la República de Costa Rica, párr. 61. Ver también: *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2013. Serie A No. 18, párrs. 101, 103 y 104, y *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 336.

solidación internacional en el análisis de la desaparición forzada, la cual configura una grave violación de derechos humanos, dada la particular relevancia de las transgresiones que conlleva y la naturaleza de los derechos lesionados, por lo que implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el Sistema Interamericano, y su prohibición ha alcanzado carácter de *ius cogens*”¹¹.

Este delito ha sido analizado de forma constante por la Corte desde el emblemático caso Velásquez Rodríguez hasta el día de hoy. Se ha buscado frenar la comisión de este delito, que sin lugar a dudas, representa uno de los más odiosos y graves debido a que los sufren tanto la víctima directa como su familia, en la medida que mantiene una incertidumbre por el desconocimiento que se tiene sobre el paradero de su ser querido. Esto hace que no puedan terminar el duelo y sigan en la búsqueda pues siguen esperando encontrarlo con vida.

El debido proceso

La Corte Interamericana ha sido supremamente generosa con el concepto de *ius cogens*. En este sentido, ha usado este concepto en una gran cantidad de decisiones llegando a él con diversas fórmulas que, a nuestro modo de ver, no siempre son afortunadas. Por ejemplo, en el caso *Maldonado Ordoñez* la Corte al referirse a las “exigencias del debido proceso legal” sostiene que los Estados deben tener en cuenta “las disposiciones imperativas del derecho internacional”. Aunque tomado de forma aislada pareciera ser claro al defender el hecho de que las normas de *ius cogens* deben ser tenidas en cuenta como un mínimo categórico con relación a las mencionadas exigencias; deja de ser tan evidente en el momento en el que de forma más amplia la Corte incluye también todos los ordenamientos jurídicos, tanto de derecho interno como internacional. Es decir, al tratarse de elementos que se encuentran en el derecho interno de los Estados, en los tratados

¹¹ *Caso Tenorio Roca y otros c. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas*. Sentencia del 22 de junio de 2016, párr. 140. Ver también: *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, supra*, párr. 158, y *Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú, supra*, párr. 112 y *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 84, y *Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú, supra*, párr. 112.

y en la costumbre, está poniendo en un pie de igualdad las diferentes fuentes del derecho internacional, e incluye las normas de *ius cogens* como fuente.

Lo anterior nos genera un inconveniente en la medida que no pareciera que la Corte tenga plena claridad sobre el concepto en sí mismo. Es decir, si se trata de un concepto que se encuentra en las diferentes fuentes, o si por el contrario se trata de una norma jerárquicamente superior, que a pesar de haber nacido como una fuente del derecho internacional como muchas otras, V.gr. una costumbre, es precisamente la comunidad internacional de Estados la que le está dando un valor especial a dicha norma ya existente, es decir, que técnicamente no es una fuente (Abello-Galvis, 2011). En este sentido Orakhelashvili sostiene que “el *ius cogens* se basa en un cuerpo autónomo de normas superiores, independientes de cualquier fuente del derecho internacional” (Orakhelashvili, 2008: 109).

Acceso a la justicia

Finalmente, en el caso *Lagos del Campo*, la Corte sostuvo que “los artículos 8 y 25 de la Convención también consagran el derecho al acceso a la justicia, norma imperativa del Derecho Internacional”¹². En esta decisión la Corte también omitió hacer referencia al *ius cogens*.

No es del todo claro cuál es el alcance que este tribunal quiere darle al concepto de “norma imperativa del derecho internacional”. De atenernos a lo definido en el artículo 53 de la CVDT, debe entenderse que se trata de una norma de *ius cogens*. Sin embargo, llama poderosamente la atención, que la Corte desde el caso *Goiburú*, siempre se haya referido a este derecho como imperativo, *erga omnes* y nunca como *ius cogens*. Pareciera que quiere establecer una diferencia entre normas de carácter procesal (imperativas) y las de fondo o convencionales (*ius cogens*), diferencia no establecida por el derecho internacional general. Bajo otra perspectiva, hay quienes sostienen que el

¹² *Caso Lagos del Campo c. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 31 de agosto de 2017, párr. 174. Ver también: *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 131.

acceso a la justicia debe ser entendido *lato sensu* (Cançado Trindade, 2008: 81) y, en consecuencia, es el “derecho al derecho” (Wojcikiewicz Almeida, 2018: 39).

Conclusiones

Analizado este nuevo período de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, vemos como ella sigue consolidando el concepto de normas de *ius cogens* en la región. Sin lugar a dudas se trata de un desarrollo progresivo del derecho internacional que redundará en la defensa de los derechos de las personas en la región.

Sin embargo, es claro también que este desarrollo va en contra del derecho internacional general por dos razones:

1. Quien determina que es una norma de *ius cogens* es la Corte Interamericana que es un tribunal regional y, por ende, no puede ser considerado como “la comunidad internacional de Estados en su conjunto” como claramente lo señala el artículo 53 de la CVDT.
2. La Corte Interamericana ha determinado que hay una serie de derechos, tanto de fondo como procesales, que considera como imperativos y/o de *ius cogens*. Sin embargo, estos derechos no gozan de tal carácter por fuera del Sistema Interamericano, excepción hecha de la esclavitud, de la desaparición forzada, de la tortura y el genocidio.

Como consecuencia de lo anterior, podríamos concluir que, en efecto, la Corte Interamericana por vía de su facultad de desarrollar el derecho internacional de los derechos humanos, ha llevado a que hoy en día estemos hablando de un derecho consuetudinario en el que existen normas de *ius cogens* regionales; mientras que por otro lado, tenemos un derecho convencional universal en el que solo pueden determinar qué normas gozan del especial carácter de ser de imperativas o de *ius cogens* cuando la “comunidad internacional de Estados en su conjunto” así lo han determinado.

Justiça de Transição, Segurança e Desenvolvimento: Reflexões sobre uma Combinação Ambígua

Rodrigo Lentz¹

Introdução

É conhecido o método político de transformar em universais interesses particulares. Trata-se de um pincel de legitimidade para construção e/ou manutenção de hegemonias políticas. Essa razão instrumental foi bem usada com a própria democracia, na guerra fria, para instituir regimes autoritários na América Latina e na África sob o mantra beligerante da segurança e econômico do desenvolvimento. E neste século XXI, o que teríamos de novo? No caso do neoliberalismo, como a retórica dos direitos humanos tem sido recorrente para justificar intervenções humanitárias e a marcha de sua racionalidade ávida por mercados globais?

Especialmente na ascensão da “terceira onda” de democracias liberais, o campo dos direitos humanos incorporou um novo programa de transição política: a chamada justiça de transição. Não se sabe ao certo quando foi usado pela primeira vez o termo, mas Ruti Teitel desenhou uma genealogia desse conceito no século XX: da responsabilização do Estado em abstrato à responsabilização individual, de julgamentos domésticos à internacionalizados, de tribunais ad hoc (Tribunal de Nuremberg) à tribunais permanentes (Tribunal Penal Internacional), dando contornos à primeira (pós 2º guerra), à segunda (pós-guerra fria) e a atual fase da categoria (2003: 70-72).

O grande traço distintivo desse programa foi superar o dogma do anterior de que a responsabilização penal de perpetradores de graves violações do antigo regime tenderia a desestabilizar o processo de

¹ Advogado, professor, ex coordenador da Comissão da Anistia do Ministério da Justiça do Brasil, com mestrado e doutorado em Ciência Política na Universidade de Brasília (Brasil).

transição política. No extremo, até o perigo da “regressão autoritária”. Essa superação foi gestada no seio das crescentes mobilizações e reivindicações políticas de familiares de mortos e desaparecidos, sobreviventes, organizações sociais e por instituições contra majoritárias, que exigiam também garantias de não-repetição. Assim o debate em torno da categoria Justiça de Transição foi se aperfeiçoando ao longo do século passado até sua normalização internacional na Organização das Nações Unidas (ONU), que o definiu da seguinte maneira:

[...] o conjunto de processos e mecanismos associados às tentativas da sociedade em chegar a um acordo quanto ao grande legado de abusos cometidos no passado, a fim de assegurar que os responsáveis prestem contas de seus atos, que seja feita a justiça e se conquiste a reconciliação. Tais mecanismos podem ser judiciais e extrajudiciais, com diferentes níveis de envolvimento internacional (ou nenhum), bem como abarcar o juízo de processos individuais, reparações, busca da verdade, reforma institucional, investigação de antecedentes, a destituição de um cargo ou a combinação de todos esses procedimentos (CS, 2004: 4).

Porém, essa definição emergiu justamente do Conselho de Segurança da ONU. É exatamente isso que inquieta: por que um órgão de segurança internacional, que possui como membros permanentes Estados Unidos, França, Rússia, China e Japão, estaria imbricado com esse novo programa de transição política, baseado no respeito estrutural aos direitos humanos? Objetiva este breve ensaio apresentar algumas hipóteses e reflexões a respeito dessa relação entre *justiça de transição*, segurança e desenvolvimento.

A “construção da paz” em sociedades em conflito como intervenção liberal?

A síntese do sentido dado ao termo justiça de transição pode ser extraída do título da resolução, chamada de “O Estado de Direito e a Justiça de Transição em sociedades em conflito ou pós-conflito”. Primeiro, medidas destinadas a contextos recentes de ditaduras, conflito armado, guerra civil, violações em massa, genocídio, terrorismo de estado e outras formas de graves traumas sociais causados pela violência política, especialmente estatal. Segundo, uma série de ações

que, via de regra, tanto o Estado como a sociedade deveriam efetivar no intuito de construir um futuro democrático, justo e pacífico, (re) estabelecendo as relações sociais e implementando instituições democráticas sólidas (Méndez, 1997; Bickford, 2004; Ictj, 2009; Zyl, 2009; Ciurlizza, 2009).

Portanto, uma das chaves estratégicas seriam uma concepção de paz e “re-conciliação” em contextos de conflito, especialmente armado que resulte em graves violações de direitos humanos. É por isso que a teoria da justiça de transição está inserida na “virada consensualista” apontada como espinha dorsal da teoria democrática contemporânea. Quer dizer, busca um “consenso democrático” para consolidar o novo regime, tanto nas regras do jogo quanto no valor moral de suas cartas. Com isso, pretende evitar a repetição de graves violações de direitos humanos e assegurar a estabilidade institucional das novas democracias liberais.

Contudo, essa conciliação e “pacificação” pode, na verdade, esconder a questão do antagonismo político como energia democrática. Isso se aproxima da teoria de agonismo para a democracia de Chantal Mouffe (2005) quando se trata de abordar o problema do conflito político. Além disso, passa longe da preocupação sobre o problema da dominação política, indicando estar mais atenta a universalização da democracia liberal nos regimes em transição política.

Eis, assim, uma importante fraqueza da justiça de transição: abordagem limitada ao paradigma liberal de democracia. Em virtude desse paradigma, as categorias fundamentais da Justiça de Transição são os direitos civis e políticos (liberdades individuais) e o Estado de Direito (competição eleitoral entre elites políticas e legalismo estrito). É compreensível, portanto, uma certa restrição às medidas que visem o aperfeiçoamento das instituições repressivas do Estado (segurança pública, sistema de justiça) e do aparato legal que o ancora (arquitetura legislativa).

Embora seja um ponto pouco debatido na teoria, tal paradigma é visível quando observamos com maior atenção o fundo teórico que alicerça a parca literatura especializada sobre reformas institucionais, um dos mecanismos da justiça de transição que considero o eixo central desse programa porque cuida das garantias de não repetição das graves violações.

As reformas historicamente são antepostas às revoluções porque estão atreladas ao aperfeiçoamento, às vezes radical, do ordenamento existente, sem destruí-lo nos campos econômicos, políticos, culturais e civis. Isso porque a noção construída de reforma considera adequados “os princípios em que ele se baseia, mesmo que sejam numerosas e ásperas as críticas que, em situações particulares, se possa dirigir ao modo concreto como tais princípios se traduzem na prática”. Por esta razão, a reforma é geralmente marcada por métodos pacíficos e pelo gradualismo (Gemma, 1998: 1077).

No sentido da Justiça de Transição, percebemos que o (re)estabelecimento do Estado de Direito e as garantias de não repetição coadunam com o sentido histórico dado às reformas em regimes políticos. Não se trata de alterar os princípios gerais dessas sociedades, mas promover mudanças estratégicas que viabilizem seus fins. Especialmente na América Latina e na África, os regimes autoritários de segurança nacional foram apoiados ao menos por dois países com assento permanente no conselho de segurança —Estados Unidos e França. Nestes casos em específicos, estariam se utilizando da justiça de transição para aperfeiçoar uma estrutura econômica e social neoliberal?

A confiança nas instituições como legitimação da dominação neoliberal?

Um segundo sintoma da limitação da justiça de transição operada pelo paradigma liberal está no papel central da confiança nas instituições para a garantia de não repetição desenhado por uma concepção estrita de democracia. Mais precisamente, a confiança nas instituições para o desenvolvimento econômico nas margens do capitalismo.

[...] reformar as instituições estatais a fim de restaurar a confiança dos cidadãos nelas [...] Não é possível tratar apropriadamente o crime se os cidadãos não confiam na polícia, como tampouco é possível arrecadar a quantia necessária de impostos se não existe um mínimo de confiança na decência e eficiência do governo. De forma similar, **não será possível atrair o capital estrangeiro ou nacional se os investidores não estão certos de que um novo regime se compromete com o bom governo e o Estado de Direito** (Zyl, 2010: 47-48 Grifei).

Com efeito, a segurança e a estabilidade são fatores relevantes para o ambiente dos negócios globais. Isso é visível no relevo dado por teóricos dessa geração à confiança nas instituições de Estado do novo regime. Não por acaso, o Informe sobre Cumplicidade Empresarial e Responsabilidade Legal, produzido pela Comissão Internacional de Juristas, entre os anos de 2005 e 2008, reforça o elemento do desenvolvimento econômico capitalista como um fator importante para a Justiça de Transição a partir de outro enfoque. Em termos curtos, o documento sugere que as mudanças da sociedade global implicam na necessidade da prestação de contas sobre a cumplicidade empresarial (Bohoslavsky, Torelly, 2013).

Aqui emerge o elemento de dominação política por meio da canalização dos conflitos políticos na dimensão da institucionalidade, eliminando os antagonismos sociais sufocados pela configuração parcial dessas instituições e das regras do jogo, especialmente no conflito redistributivo (Offe, 1984). Assim, a crítica ao modelo consensual de democracia do agonismo de Mouffe repousa na recusa do antagonismo em favor da diferença. Conforme Miguel aponta, “se a dominação volta a ganhar centralidade e se a entendemos como a motriz de muitos dos conflitos políticos mais relevantes, então o antagonismo ressurgue” (Miguel, 2014: 32-33).

Portanto, o paradigma liberal de desenvolvimento incorporado por boa parte dos teóricos da justiça de transição passa, necessariamente, pela “virada consensualista” da teoria democrática, quer dizer, de que é fim da democracia eliminar os antagonismos políticos através da construção de um consenso sobre as regras do jogo e valores morais mínimos que devem ser aceitos e os demais excluídos. Além disso, o problema da dominação passa despercebido, quando menos à margem das questões centrais do regime político. E o problema da dominação é simplesmente ignorado na justiça de transição, especialmente quando o assunto são reformas institucionais para a não repetição de violações.

Além do aspecto econômico, a confiança nas instituições também está relacionada com a concepção de justiça utilizada largamente na teoria. É Greiff que desenvolve essa noção em duas dimensões: Confiança horizontal (entre cidadãos) e confiança vertical (cidadãos e instituições), sendo ambas condição e consequência para a promoção da

justiça através de um sistema legal. Para ele, o cumprimento da norma (norm-compliance) se dá por bases de confiança horizontal e não por intervenção do sistema legal, que seria excepcional. Trata-se de uma confiança no sistema em si (2007: 534). Nesse sentido, Greiff usa o conceito de Rawls de Estado de Direito como confiabilidade de expectativas, para quem um sistema legal justo seria uma ordem coercitiva de normas públicas dirigidas a pessoas racionais com o propósito de regular a sua conduta e fornecer um quadro para a cooperação social (2000). Ainda, argumenta Greiff, “[...] instituições legais, na medida em que elas são confiáveis, fornecem mais razões para que os cidadãos dependam deles para a resolução de seus conflitos” (2007: 535). Por fim, retoma a hipótese de Claus Offe (1999) sobre instituições confiáveis: os valores e as formas das instituições devem fazer sentido suficiente para número suficiente de pessoas a ponto de reconhecerem e obedecerem suas normas (2007: 535).

Há, pelo menos, dois efeitos que podem ser percebidos inicialmente nesta relação entre confiança nas instituições e a reforma institucional. A primeira diz respeito a premissa teórica que adere ao tomar as formulações de Rawls e Offe: a racionalidade das pessoas. O indivíduo, agindo racionalmente, confiaria em instituições responsivas aos seus direitos civis e políticos. Porém, como explicar, por exemplo, serem as Forças Armadas brasileiras —que jamais prestaram contas de seus crimes e tampouco seus agentes foram responsabilizados— a instituição mais confiável na opinião da cidadania brasileira?²

Isso indica que a confiança de indivíduos não pode ser apenas explicada por uma operação racional, havendo fatores estruturais — especialmente econômicos, sociais e culturais— que também devem ser considerados na relação de confiança com as instituições quando se pensar as reformas institucionais. Há uma armadilha do modelo racionalista de criarmos apenas uma noção positiva de confiança: a cidadania é racionalmente democrática e o problema são as instituições. Uma instituição confiável para a cidadania pode ser nociva para os direitos humanos e demonstrar um fator autônomo de congruência

² Conforme Índice de Percepção do Cumprimento da Lei (IPCL), que mede a confiança em instituições desenvolvido pela Fundação Getúlio Vargas, para 67% dos brasileiros as Forças Armadas é a instituição mais confiável no Brasil.

de valores entre cidadãos e instituições autoritárias. Novamente a noção romântica da sociedade civil e da cidadania liberal demonstra sua fragilidade para a América Latina. Como escrevi em outro ensaio, os últimos regimes autoritários no continente tiveram, em maior ou menor grau, expressiva participação e legitimação social da “cidadania” organizada, como religiosos, empresários, banqueiros, fazendeiros, traficantes, jornalistas, advogados, médicos e suas respectivas instituições sociais organizadas (Lentz, 2015).

Além disso, a concepção de justiça distributiva de Rawls que baliza a noção de Estado de Direito geradora de confiança nas instituições utilizada por Greiff tem o grande mérito de trazer para a teoria o princípio da diferença como norteadora de sua formulação. Contudo, ela tem se mostrado insuficiente por ignorar outras desigualdades como as de raça e de gênero na formulação do que seria justo. Ainda, limita à esfera pública, em detrimento da esfera privada, o lugar em que deve existir o justo e o problema das diferenças culturais entre os povos (Miguel, Biroli, 2013: 7-54). Essas limitações consideráveis da concepção de justiça insensível às relações de poder na sociedade provocam reflexos inevitáveis, por consequência, na própria concepção de Estado de Direito e nas formulações sobre instituições confiáveis.

Nesse sentido, a relevância dos fatores estruturais de uma sociedade expõe a fragilidade do paradigma liberal que fundamenta o eixo teórico atual da justiça de transição. É sintomática, portanto, a valorização do indivíduo —vítima e violador— e a pouca atenção dispensada para a dimensão estrutural, tanto das causas quanto das práticas violadoras de direitos humanos. Ainda que reconheça a importância das estruturas institucionais de Estado —e muito incipiente ainda as estruturas da própria sociedade, são os mecanismos voltados para a reparação, verdade, justiça e memória diretamente ligadas às vítimas e aos violadores que são mais estudados e que contam com mais experiências globais. E, quando alguns mecanismos do direito à reforma são abordados, predominam aqueles que são direcionados para os agentes em detrimento daqueles voltados para as instituições, que transcende o espectro individual e é dirigida para a sociedade como um todo.

Conclusão: até que ponto a justiça de transição resiste ao neoliberalismo?

É sabido que o mais do que nobre enfrentamento das graves violações de direitos humanos cometidas por regimes autoritários recebe amplo apoio da comunidade internacional defensora dos direitos humanos. Contudo, convém termos o cuidado: até que ponto o discurso normativo ético dos direitos humanos está sendo usado como mecanismo de intervenção e dominação neoliberal? Convém lembrar que em dois recentes casos emblemáticos —Afeganistão e Iraque— há fortes programas de justiça de transição em andamento.

Sete anos após a primeira resolução, a secretaria-geral do conselho de segurança emitiu uma nova resolução (S/2011/634), visando aperfeiçoar a fundadora. Novamente, a confiança nas instituições de justiça e segurança, o desenvolvimento econômico e o estado de direito estão no centro e as razões estruturais dos conflitos, na periferia, ainda que a igualdade de gênero apareça com maior destaque. Como, de forma muito incipiente, se discorreu, há uma base teórica considerável na justiça de transição fundamentada em dois conceitos chaves do neoliberalismo: segurança e desenvolvimento. Tal alicerce substantivo é conhecido nas teorias de transições: a *doutrina de segurança nacional*, que orientou a maioria dos regimes autoritários no século XX na América Latina, tinha como sua viga mestra o desenvolvimento econômico (Comblin, 1980). Aliás, o apoio de empresários a esses regimes, como assenta Payne, indica uma predominância de razões “econômicas” sobre as “ideológicas” (1994).

Portanto, é preciso um olhar crítico ser direcionado para um programa de transição política que tem sido desenvolvido em mais de 40 países, especialmente pelo International Center for Transitional Justice (ICTJ), com estratégico apoio do conselho de segurança da ONU. E, com isso, enfrentar a hipótese de que a justiça de transição, em determinados casos, esteja sendo usada como instrumento do neoliberalismo.

El valor de la Declaración Universal de Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Salvador Cuenca Curbelo¹

Hace 70 años, el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamaba la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (en adelante, la “Declaración Universal”). Dos años más tarde, el 4 de noviembre de 1950, se firmaba el *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (Convenio Europeo de Derechos Humanos), que creaba el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) con el fin de asegurar el respeto de los derechos allí contenidos². Esta proximidad temporal entre la adopción de la Declaración Universal y la firma del Convenio Europeo tuvo un impacto significativo en la redacción final de este último, que se vio influenciada de manera notable por la propia Declaración. Como demuestra la jurisprudencia del TEDH, dicha influencia se ha mantenido a lo largo de los años.

¹ Letrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Previamente Oficial de Derechos Humanos en la Misión de Naciones Unidas en Sudán del Sur y miembro de la Oficina de derechos fundamentales de Frontex (Agencia de la Unión Europea). Licenciado en Derecho y con Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid (España).

² El Convenio Europeo de Derechos Humanos entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. El catálogo de derechos se ha ampliado con la adopción de diversos Protocolos adicionales, aunque no todos los Estados parte han ratificado todos ellos.

La Declaración Universal: inspiradora del Convenio Europeo de Derechos Humanos

El Convenio Europeo se inspiró en la Declaración Universal (TEDH, 2010)³, siendo ésta la principal influencia normativa de sus redactores (Schabas, 2015: 1). La Declaración Universal estuvo siempre presente durante el proceso negociador y los trabajos preparatorios del Convenio (ídem). Fue el texto de referencia “por excelencia” de los redactores del Convenio como se demuestra, primero, por las continuas referencias a la Declaración en el Preámbulo del Convenio y, segundo, por la redacción de varias de sus disposiciones, que siguen de cerca las de la propia Declaración (TEDH, 2016)⁴.

La Declaración Universal se nombra en el Preámbulo del Convenio en tres ocasiones, en los párrafos primero, segundo y quinto⁵. Mientras que el primero se limita a reconocer la proclamación de la Declaración y el segundo toma sus palabras, casi literales, del párrafo introductorio de la propia Declaración, el párrafo quinto del Preámbulo enfatiza la intención de los “Gobiernos de Estados europeos” de “tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal”⁶. Este último párrafo sitúa el Convenio como un esfuerzo inicial para conferir a la Declaración un carácter ejecutable, pero también resalta que el Convenio únicamente incorpora ciertos derechos recogidos en la Declaración, no todos. La ausencia más significativa

³ TEDH, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, no. 25965/04, 07/01/2010, § 277; *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland* [GC], no. 5809/08, 21/06/2016, Opinión Concurrente del juez Pinto de Albuquerque, apoyada por los jueces Hajiyev, Pejchal y Dedov, § 71.

⁴ TEDH, *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* [GC], no. 18030/11, 08/11/2016, Opinión Concurrente del juez Sicilianos, apoyada por el juez Raimondi, § 24. Vid. también SCHABAS, op. cit., pp. 47 y 60-62.

⁵ El Convenio Europeo es el primer tratado de derechos humanos que invoca la Declaración Universal en su Preámbulo, dando comienzo a una práctica que se convertiría en habitual a la hora de dar forma a otros instrumentos internacionales. Vid. SCHABAS, op. cit., pp. 59-60.

⁶ El TEDH se ha referido a este párrafo como como el más importante del Preámbulo. Vid. *Salah v. the Netherlands*, no. 8196/02, 06/07/2006, § 68; *Sylla v. the Netherlands*, no. 14683/03, 06/07/2006, § 70; y *Baybaşın v. the Netherlands*, no. 13600/02, 06/07/2006, § 70.

la representa la exclusión de los derechos económicos, sociales y culturales (Schabas, 2015: 62/63).

El mismo TEDH ha puesto de manifiesto dicha “ausencia”. Por ejemplo, ha reiterado en numerosas ocasiones que el derecho de asilo no está recogido ni en el Convenio ni en sus Protocolos⁷. Aunque el artículo 14(1) de la Declaración Universal reconoce el derecho de toda persona a buscar y a disfrutar de asilo en cualquier país en caso de persecución, no hay reflejo de tal disposición en la Convención Europea (Schabas, 2015: 63/64). Lo mismo ocurre con el “derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas” recogido en el artículo 21(2) de la Declaración Universal pero deliberadamente excluido del Convenio y sus Protocolos⁸.

La Declaración Universal: medio de interpretación del Convenio Europeo

El TEDH ha destacado reiteradamente que el Convenio se debe interpretar a la luz de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* (artículos 31 a 33)⁹. Dicha Convención establece en su artículo 31(3)(c) que a los efectos de interpretación de un tratado habrá de tenerse en cuenta “toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. El TEDH debe por tanto ser consciente del carácter especial del Convenio como tratado de derechos humanos y también tener en cuenta en su interpretación aquellas normas y principios de Derecho Internacional que resulten

⁷ Vid., entre otros, TEDH, *Vilvarajah and others v. The United Kingdom*, nos. 13163/87 and 4 others, 30/10/1991, § 102; *Chahal v. The United Kingdom* [GC], no. 22414/93, 15/11/1996, § 73; *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], nos. 46827/99 and 46951/99, 04/02/2005, § 66.

⁸ TEDH, *Glaserapp v. Germany*, no. 9228/80, 28/08/1986, § 48; *Kosiek v. Germany*, no. 9704/82, 28/08/1986, § 34.

⁹ Vid., por ejemplo, las sentencias del TEDH en los casos *Golder v. The United Kingdom*, no. 4451/70, 21/02/1975, § 29, que se refirió a la Convención de Viena antes incluso de que entrara en vigor; *Johnston and Others v. Ireland*, no. 9697/82, 18/12/1986, §§ 51 *et seq.*; *Witold Litwa v. Poland*, no. 26629/95, 04/04/2000, § 57; *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* [GC], no. 18030/11, 08/11/2016, § 118.

pertinentes¹⁰. El Convenio se debe aplicar de conformidad con los principios relativos a la protección internacional de los derechos humanos¹¹.

En consonancia con el artículo 31(2) de la Convención de Viena, el TEDH ha reconocido que el Preámbulo del Convenio es parte integrante del contexto y, por tanto, resulta de gran utilidad para la determinación de su objeto y fin¹². También se podrá acudir a “medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado, para confirmar el sentido resultante de la aplicación [de las reglas generales de interpretación] o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con [dichas reglas generales] deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”¹³.

En este sentido, la jurisprudencia del TEDH ha recurrido en reiteradas ocasiones a la Declaración Universal como una de las normas de Derecho Internacional pertinente para la interpretación del propio Convenio. También ha hecho referencia a la Declaración Universal al analizar el Preámbulo del Convenio y como uno de los instrumentos clave en la negociación del Convenio cuya influencia se vio plasmada en los propios trabajos preparatorios¹⁴. La Declaración Universal es,

¹⁰ Vid. TEDH, *Fogarty v. the United Kingdom* [GC], no. 37112/97, 21/11/2001, § 35; *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, 21/11/2001, § 55; *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* [GC], no. 45036/98, 30/06/2005, § 150; *Cudak v. Lithuania* [GC], no. 15869/02, 23/03/2010, § 56; *Sabeh El Leil v. France* [GC], no. 34869/05, 29/06/2011, § 48; *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland* [GC], no. 5809/08, 21/06/2016, § 134; *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* [GC], no. 18030/11, 08/11/2016, § 123.

¹¹ TEDH, *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* [GC], nos. 34044/96 and 2 others, 22/03/2001, § 90; *Maire v. Portugal*, no. 48206/99, 26/06/2003, § 72; Vid. también SCHABAS, op. cit., p. 40.

¹² TEDH, *Golder v. The United Kingdom*, no. 4451/70, 21/02/1975, § 34.

¹³ Artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Vid. TEDH, *Lithgow and Others v. The United Kingdom*, nos. 9006/80 and 6 others, 08/07/1986, § 117; *Saadi v. the United Kingdom* [GC], no. 13229/03, 29/01/2008, § 62; *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* [GC], no. 18030/11, 08/11/2016, § 125.

¹⁴ Véase, por ejemplo, la referencia al párrafo quinto del Preámbulo y los trabajos preparatorios del artículo 6 del Convenio Europeo (derecho a un proceso equitativo) en *Golder v. The United Kingdom*, no. 4451/70, 21/02/1975, § 34 y varias

de esta forma, inspiradora del Convenio y a su vez un medio de interpretación de los derechos que allí se contienen.

La Declaración Universal en la jurisprudencia del Tribunal Europeo

La jurisprudencia del TEDH refleja, ya sea de forma explícita o implícita, la importancia de los principios enunciados en la Declaración Universal (Spielmann, 2009: 12). La versión final del Convenio Europeo manifiesta la influencia de la Declaración Universal en muchas de sus disposiciones, sin embargo, ninguno de sus artículos reproduce literalmente el texto correspondiente de la Declaración (Schabas, 2015: 61). Ello no ha impedido que el TEDH haya hecho continua referencia a la Declaración Universal en sus sentencias.

Existen varios ejemplos que muestran la relevancia de la Declaración Universal como instrumento internacional de referencia para interpretar el Convenio. En el caso *Al-Adsani* contra el Reino Unido, relativo a una demanda civil por daños interpuesta contra Kuwait ante los tribunales del Reino Unido por supuestos actos de tortura cometidos por sus autoridades, que fue desestimada por los tribunales nacionales en razón de la inmunidad jurisdiccional de los Estados, la Gran Sala se refirió al artículo 5 de la Declaración Universal (además de otros instrumentos internacionales) para destacar el creciente reconocimiento a la importancia fundamental que juega la prohibición de la tortura (recogida en el artículo 3 del Convenio)¹⁵. La Gran Sala subrayó que ninguno de los “principales instrumentos internacionales” (en los que incluyó la Declaración Universal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas) hacía referencia a procedimientos civiles o inmunidad de los Estados, para justificar que, sin perjuicio del carácter

de sus opiniones separadas; un análisis de los trabajos preparatorios del artículo 10 (libertad de expresión) en *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* [GC], no. 18030/11, 08/11/2016, §§ 44-49 y 135; en relación al artículo 11 (libertad de reunión y asociación) véase *Young, James and Webster v. The United Kingdom*, nos. 7601/76 and 7806/77, 13/08/1981, §§ 51-52.

¹⁵ TEDH, *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, 21/11/2001, § 60.

especial de la prohibición de la tortura en Derecho Internacional, el TEDH no apreciaba la existencia de base suficiente para concluir que los Estados no gozarán de inmunidad con respecto a acciones civiles interpuestas ante tribunales de otro Estado en casos donde se alegara la comisión de actos de tortura¹⁶. En el caso *Demir y Baykara* contra Turquía, la Gran Sala, haciendo referencia al caso *Al-Adsani* y los instrumentos internacionales que se citaron en dicho caso, incluyendo la Declaración Universal, destacó que la prohibición contra la tortura había adquirido la condición de norma imperativa de Derecho Internacional, o *ius cogens*¹⁷.

En el caso *Rantsev* contra Chipre y Rusia, el TEDH concluyó que la trata de personas debía incluirse como tal en el ámbito de aplicación del artículo 4 del Convenio (prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado), sin necesidad de identificar dicha conducta como constitutiva de “esclavitud”, “servidumbre” o “trabajo forzado”, y ello a pesar de no haber referencia expresa a la trata en dicha disposición¹⁸. El Convenio, como instrumento “vivo”, debía interpretarse a la luz de las condiciones actuales, resaltando la trata de personas como un fenómeno que ha incrementado de forma significativa en años recientes. En su argumentación el TEDH destacó la ausencia de dicho término en el texto del artículo 4 del Convenio, que calificó de no sorprendente teniendo en cuenta que se había inspirado en la Declaración Universal, cuyo artículo 4 (que prohíbe la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas) tampoco hacía referencia expresa a la trata de personas¹⁹.

La Gran Sala, en el caso *Streletz, Kessler y Krenz* contra Alemania, haciendo referencia a la Declaración Universal (artículo 3), al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6) y al propio Convenio Europeo (artículo 2) como principios de Derecho Internacional, subrayó la importante convergencia entre sus disposiciones, indicativa de la preeminencia del derecho a la vida como atributo

¹⁶ *Id.*, § 61.

¹⁷ TEDH, *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], no. 34503/97, 12/11/2008, § 73.

¹⁸ TEDH, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, no. 25965/04, 07/01/2010, § 282.

¹⁹ *Id.*, §§ 277-278.

inalienable del ser humano²⁰. También la Gran Sala en el caso *Catan y otros* contra Moldavia y Rusia destacó la relevancia de la Declaración Universal a la hora de interpretar el derecho a la educación contenido en el artículo 2 del Protocolo no. 1²¹.

Asimismo, la jurisprudencia del TEDH ha puesto de manifiesto discrepancias entre ciertas disposiciones de la Declaración Universal y el Convenio Europeo. Por ejemplo, en el reciente caso *Magyar Helsinki Bizottság* contra Hungría, el TEDH analizó el ámbito de aplicación del derecho a la libertad de expresión. La Gran Sala examinó la redacción dada al artículo 10 del Convenio, señalando que, a diferencia de los artículos 19 de la Declaración Universal y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dicha disposición no incluía expresamente el derecho a pedir información²². La Gran Sala clarificó la jurisprudencia del TEDH en cuanto al derecho de acceso a la información, en particular a la información en posesión de las autoridades del Estado. Destacando que aunque el artículo 10 no reconocía un derecho independiente de acceso como tal y por tanto no otorgaba al individuo un derecho de acceso a información a disposición de las autoridades públicas ni obligaba al Estado a comunicar dicha información, ese derecho se podría incluir en el más amplio derecho a la libertad de expresión si la revelación de la información se ordenaba mediante resolución judicial o en casos donde el acceso a la información fuera decisivo para el ejercicio de la “libertad de recibir o de comunicar informaciones”, siempre que concurrieran determinadas circunstancias²³. El TEDH también estableció los criterios mediante los que hacer dicha valoración caso por caso, concluyendo

²⁰ TEDH, *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* [GC], nos. 34044/96 and 2 others, 22/03/2001, §§ 90-94.

²¹ TEDH, *Catan and Others v. the Republic of Moldova and Russia* [GC], nos. 43370/04 and 2 others, 19/10/2012, § 136.

²² TEDH, *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* [GC], no. 18030/11, 08/11/2016, § 117. Mientras que el artículo 10 del Convenio Europeo establece que el derecho a la libertad de expresión comprende “[...] la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas [...]”, la Declaración Universal incluye “[...] el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas [...]”. El Convenio Europeo no incluyó el derecho a pedir información en su redacción (*right to seek information*, en su versión en inglés).

²³ *Id.*, §§ 149-156.

que Hungría había violado el derecho a la libertad de expresión del demandante (una ONG), al negarle las autoridades el acceso a información de interés público necesaria para llevar a cabo un estudio sobre el funcionamiento del sistema de selección y nombramiento de abogados de oficio.

En el caso *Sigurður A. Sigurjónsson* contra Islandia el TEDH destacó las diferencias entre el texto del artículo 11 del Convenio y el artículo 20 de la Declaración Universal, concluyendo que a pesar de que el derecho a no ser parte de una asociación no estaba expresamente incluido en el Convenio, el derecho a la libertad de asociación contenido en su artículo 11 debía abarcar tanto su aspecto positivo como negativo²⁴. De esta forma, el TEDH entendió que el Convenio debía interpretarse en consonancia con la Declaración Universal y otros textos internacionales que expresamente reconocían que el derecho a la libertad de asociación debía incluir tanto el derecho a asociarse como la libertad de no asociarse.

El TEDH también ha destacado que el artículo 3 del Protocolo no. 4 garantiza una absoluta e incondicional prohibición de expulsión de nacionales del propio Estado²⁵. Sin embargo, ha recalcado que la nacionalidad de los demandantes, en principio, se debe determinar de acuerdo con el Derecho nacional²⁶, no existiendo en el Convenio o sus Protocolos un “derecho a la nacionalidad” similar al reconocido en el artículo 15 de la Declaración Universal, o un derecho a adquirir o conservar una nacionalidad determinada²⁷. Todo ello sin perjuicio de que una denegación arbitraria de la nacionalidad pudiera en ciertas circunstancias constituir una vulneración del derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 del Convenio).

²⁴ TEDH, *Sigurður A. Sigurjónsson v. Iceland*, no. 16130/90, 30/06/1993, § 35; Vid. también *Sørensen and Rasmussen v. Denmark* [GC], nos. 52562/99 and 52620/99, 11/01/2006, § 54.

²⁵ TEDH, *Slivenko and Others v. Latvia* (dec.) [GC], no. 48321/99, 23/01/2002, § 77.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ TEDH, *Slivenko and Others v. Latvia* (dec.) [GC], no. 48321/99, 23/01/2002, § 77; *Petropavlovskis v. Latvia*, no. 44230/06, 13/01/2015, § 73.

Conclusiones

Aunque mucho se ha escrito sobre el carácter no vinculante u obligatorio de la Declaración Universal, la propia jurisprudencia del TEDH se ha encargado de destacar la importancia de dicho texto a la hora de interpretar el Convenio Europeo de Derechos Humanos. La Declaración Universal no solo fue fuente de inspiración del Convenio Europeo, teniendo un impacto fundamental en su proceso de redacción, sino que a su vez ha sido frecuentemente utilizada como uno de los instrumentos de Derecho Internacional más relevantes para la interpretación del propio Convenio y de los derechos que allí se contienen. Algunos ejemplos se han podido ver a lo largo del artículo.

A pesar de la manifiesta influencia de la Declaración Universal en muchas de las disposiciones del Convenio, ninguno de sus artículos reproduce literalmente el texto de la Declaración. El Convenio solo incorpora algunos de los derechos contenidos en la Declaración y, en otros, el TEDH se ha encargado de resaltar su diferente ámbito de aplicación. No obstante, el hecho de que la Declaración Universal haya y siga estando presente en recientes sentencias del TEDH demuestra su vigencia e importancia.

La espera por la interdependencia, la indivisibilidad y la interrelación de los Derechos Humanos

Sandra Gamboa Rubiano¹

La consolidación de la interdependencia, indivisibilidad y universalidad de los derechos humanos, entendida desde la eficacia entre las normas y las relaciones de índole social y político, sigue aplazada en la realidad. En este apartado se abordará uno de los factores que explican la ausencia de tal visión, como lo es, la lógica inherente al universalismo abstracto, a partir del abordaje del fenómeno desde una visión teórica, pues como lo plantea Orjuela (2012:31), en la “explicación de los fenómenos sociales y para la praxis social y política, las teorías tienen una función constitutiva de sentido”.

Los debates entre lo universal y lo particular, así como entre derechos individuales y colectivos, como es destacado por Barreiro (2005), se encuentran dentro de las tensiones para la materialización de los derechos humanos. Esto coincide con lo que Žižek (2011: 115), entiende como las aproximaciones a los derechos humanos en las sociedades liberales. La primera de ellas se refiere a la creencia de que los “rasgos contingentes, históricamente condicionados” son opuestos a la idea de los derechos humanos, mientras que la segunda, alude a la existencia de unos derechos más básicos (como la libertad de elección) que otros, y la tercera, se refiere a la creencia que los derechos humanos pueden llegar a constituir un límite contra el poder.

El debate universal/particular se ha expresado contemporáneamente en la fricción entre el universalismo abstracto y el concreto, y la comprensión de lo particular como individual. Pero en realidad

¹ Doctora en Derecho y Magistra en Defensa de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario ante organismos, cortes y tribunales internacionales. Abogada de la Universidad Nacional de Colombia. Magistrada titular de la Sección de Apelación del Tribunal Especial para la Paz (Colombia).

consisten en una misma cuestión: las posibilidades o no de realización de todos los derechos humanos para todas las personas y bajo las dimensiones diferenciales que les atañen en los contextos filosóficos-sociales actuales.

El universalismo abstracto es definido por Ramón Grosfoguel (2006: 160) como “aquel que desde un particularismo hegemónico pretende erigirse en diseño global imperial para todo el mundo y que al representarse como ‘descarnado’ esconde la localización epistémica de su *locus* de enunciación en la geopolítica y la corpo-política del conocimiento”. Dentro de sus características destaca Grosfoguel (2006): su inherente autoritarismo, su dilución de todos los particulares en el particular del hombre blanco occidental y el establecimiento de relaciones verticales entre los pueblos.

El universalismo abstracto no ha implicado un reconocimiento generalizado y menos aún diferencial, de los sujetos de derecho. Barreiro (2005: 44) ayuda a entenderlo a través de la figura del voto universal que fue instituido “cuando solamente tenían derechos de ciudadanía los hombres letrados, sean éstos propietarios”. Esto significa una universalidad de exclusión, precisamente porque desde el modelo teórico su nivel de abstracción impide el aterrizaje de los derechos. Como advierte Boaventura de Sousa Santos (2009), el marco teórico desarrollado a partir del norte global amplía el trayecto entre la teoría y la realidad. Así, la cuestión de los derechos humanos emergió bajo una tendencia normativa al individualismo: del *hombre propietario* se transita hacia cierto *ser humano* como sujeto de derechos, bajo una lógica de universalismo abstracto. De nuevo: la errónea comprensión de lo particular como campo fértil para el individualismo.

Desde otra orilla, en la filosofía latinoamericana, el universalismo concreto se aproxima de formas diferentes al sujeto, como recuerda Yamandú Acosta (2011). Este universalismo considera las perspectivas pluralistas y realistas de América Latina, para visibilizar, afirmar, y retirar las dominaciones. Es un universalismo que vigoriza la ética, y junto a ella, como apunta Acosta (2011), exige un sujeto autónomo, individual y colectivo, así como multidimensional. Los derechos humanos en tal visión, corresponden a la crítica de la Ilustración eurocentrista como observa Estévez López (2008b), para quien su surgimiento ha tenido lugar a partir de la interacción de movimientos so-

ciales e ideas políticas sobre los derechos humanos. El universalismo concreto, constituiría entonces, el lugar de determinación del sentido contemporáneo de los derechos humanos.

Pero retomando el segundo elemento del debate entre lo universal y particular bajo las lógicas contemporáneas de derechos humanos, debe reconocerse que entender lo particular como individual, agrega un contrasentido adicional para las exigencias de vinculación entre la teoría y la realidad. El trasplante del particularismo en individualismo se explica en que el lenguaje de la individualidad resulta más entendible para la comprensión de la realidad en un contexto social, político y económico como el moderno. De ahí que lo particular bajo la apariencia de individuo, incluso a través de los derechos humanos, reitere el lugar de su aplazamiento hacia el futuro, al confesar tácitamente su impotencia ante el presente. Esto parecería ser compartido por Alain Touraine (2000: 60): “[se] ha combinado la conciencia del Sujeto personal con el triunfo de la razón instrumental; el pensamiento moral con el empirismo científico y la creación económica, en particular la de Adam Smith”, por ello con el tiempo, la razón instrumental se separará de los derechos humanos.

En este contexto, deben considerarse dos factores de índole histórico-normativa. En primer lugar, que la hegemónica dimensión individualista de los derechos humanos se instituyó normativamente con la escisión de lo que debió ser un Pacto Internacional, y concluyó en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, por una parte y, el de Derechos Económicos Sociales y Culturales por otra. Ello sin desconocer, desde luego, que, en la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, se expresaban ya los principales derechos en clave individualista: “toda persona”, “todo individuo”, “nadie”, “todo ser humano”, “todos son”, así como “los hombres y las mujeres”.

Un segundo factor central es el surgimiento del Programa de Acción de Viena, que implicó un quiebre con la tendencia individualista pero no ha logrado transformar la comprensión de la multidimensionalidad de los derechos, y es difícil que lo haga.

La clave individualista de los derechos humanos exige su comprensión desarticulada, es decir, espera que sean universales, en un absoluto abstracto, no interdependientes y divisibles. Esta distorsión inicia en los estudios académicos, a partir de la comprensión de la

teoría de las generaciones de los derechos, sobre la que cada cierto tiempo se sostiene que constituye solo un mecanismo de comprensión histórica. Pero en realidad, con esta teoría se arriba a un ideal para las pretensiones de irrealización: una ruptura real entre derechos que se consideran más importantes que otros y bajo una visión desconectada como la que trae el universalismo abstracto y la imposición del individualismo. Son, en suma, derechos humanos limitativos, negativos e irrealizables, como ya ha sido determinado por numerosos autores. (Estévez López, 2010; Gallardo, 2009; Jelin, 1996; Rajagopal, 1999 y 2000).

No ha sido suficiente, por tanto, la proclamación de la universalidad e interdependencia a través de la Declaración y Programa de Acción de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 (ONU, 1993b). Ello a pesar del reconocimiento que se hace de la necesidad de un papel activo de los seres humanos y de la comunidad internacional en la construcción y protección de los derechos. Esto es, que suma al normativo², una necesidad de transformación filosófica y política en la consideración de los derechos humanos, para recuperarlos en tanto potencial y presente.

Finalmente, la Declaración y Programa de Acción de Viena tiene dos lecturas: una en términos de universalismo concreto y otra en lógica individualista. La primera reconoce que los derechos son universales, interdependientes e indivisibles, e incluso desde su Preámbulo precisa del “progreso económico y social de todos los pueblos”, de la vigencia de los Pactos Internacionales, y de la realización de los derechos de los pueblos indígenas. Esto no solo podría entenderse como expresión de un particularismo no individualista: el sujeto colectivo, sino que además exigiría un modelo de Estado Social de Derecho, único espacio según Carpizo (2012) para que los derechos sociales tengan realización. El *Programa de Acción* también subraya el derecho al desarrollo, rechaza la dominación de los pueblos y resalta el derecho a la libre determinación considerando su vulneración como “una violación de los derechos humanos”.

² A pesar de esta crítica, el proceso de positivación —como lo denomina Peces-Barba— de los derechos humanos facilitó su difusión e internacionalización (Bobbio, 1991; Peces-Barba, 1995) occidental.

Pero, por otro lado, también desde el preámbulo insiste en que el sujeto central de los derechos humanos es la persona y en defensa de un universalismo abstracto afirma que son de menor importancia las particularidades históricas, culturales y religiosas de los pueblos. La contradicción inicia en el terreno normativo y debe ser remontada a partir de una práctica de efectividad de los derechos humanos. Solo ella permite colegir la realización de los derechos como lo han enseñado las luchas feministas (Flórez Flórez, 2007) y las demandas sociales bajo la idea de ciudadanía social (Jelin, 1996) que se consideraron en su momento, utópicas.

El multiculturalismo como condición necesaria para el universalismo de los Derechos Humanos

Sebastián Preller Bórquez¹
Mariona Cardona Vallés²

Introducción

La Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1948 (ONU, 1945) (DUDH) hace gala de su carácter universal por cuanto en su elaboración habrían participado representantes de todas las regiones del mundo con diferentes antecedentes jurídicos y culturales. Sin embargo, el presente estudio parte de la premisa que dicha universalidad no existiría como tal. En primer lugar, la DUDH arrastra en términos formales un déficit de representatividad y, en segundo lugar (y pese a los avances que en esta materia se han alcanzado), los derechos que allí se establecen no han adoptado de forma efectiva una perspectiva multicultural, por lo que, aun a día de hoy, no podemos hablar de una universalidad real.

Prendemos exponer la ausencia de universalidad a través del análisis de dos ejemplos de multiculturalismo, esto es: la diversidad cultural representada por los pueblos indígenas y la diversidad cultural representada por las perspectivas no binarias de género. En concreto, nuestra propuesta al analizar el ámbito sustantivo del Derecho de los derechos humanos es demostrar que el pretendido universalismo de

¹ Investigador predoctoral en formación de la Universitat Pompeu Fabra. Obtuvo la beca PIPF para la realización íntegra del doctorado. Realizó sus estudios de Máster en la Universitat Pompeu Fabra, donde se especializó en Derecho internacional y europeo.

² Investigadora predoctoral en formación a la Universitat Pompeu Fabra. Obtuvo la beca PIPF para la realización íntegra del doctorado. Realizó sus estudios de Máster en la Universidad de Ámsterdam, donde se especializó en Derecho internacional y europeo, en el del comercio internacional y de las inversiones.

tales derechos deviene en una imposición normativa a la cual deben ajustarse las múltiples culturas existentes. En este orden de ideas, no sería correcto plantearse la comprensión del multiculturalismo a partir del universalismo de los derechos humanos, sino al revés, ya que el multiculturalismo es una condición necesaria pero no suficiente para reconocer el universalismo de los derechos humanos. Tal hipótesis viene a mostrar que, aquello que se establece como enfrentamiento entre culturas, debe redirigirse al análisis del enfrentamiento que se genera a partir de las culturas representadas por la DUDH —las perspectivas de *mainstreaming* cultural que la misma representa— y aquellas culturas que carecen de representación.

Ideas preconcebidas: ¿Estamos en presencia de un consenso universal?

En un sentido formal, pese a las declaraciones de sus propios artífices, la DUDH es considerada como incapaz de adoptar una perspectiva multicultural dado que en el período en que se gesta solo se tuvo en cuenta a una determinada sociedad de personas, en muchas ocasiones con rasgos muy homogéneos, y a una determinada sociedad de Estados. Ello deriva en un sesgo circunstancial y cultural respecto de las cuestiones que tal Declaración viene a tratar y que son determinados problemas o conflictos de las sociedades representadas. Se argumentará que tanto el impulso como la elaboración de la Declaración responden a una visión fragmentaria o seccional de la percepción de las relaciones sociales alarde de una perspectiva individualista y culturalmente homogénea basada en el liberalismo.

Desde un punto de vista crítico, existen cuestiones fácticas y procedimentales que ponen en duda la afirmación de que existió un consenso universal al momento de adopción de la DUDH. Para ello basta considerar quiénes eran los sujetos hábiles para elegir a sus representantes a nivel doméstico, o la existencia de sociedades que a la época de la Declaración se encontraban sometidas a dominación, ya sea como dependientes de un Estado administrador o como colonia emancipada bajo el dominio de una metrópolis. En segundo lugar, basta con una revisión de las actas relativas a la adopción de la DUDH, la cual contó con la participación de escasos 56 Estados representantes

de una pretendida comunidad internacional, y donde con 48 votos a favor y 8 abstenciones (entre ellas todo el bloque soviético) se adoptó la Declaración *universal* que nos ocupa.

En tercer lugar, otro antecedente de la ausencia de universalidad es la formación y labor del Derecho internacional como marco jurídico regulador de las relaciones entre los Estados y, en particular, el rol de las autoproclamadas naciones *civilizadas* en la creación del orden internacional de los derechos humanos³. Especial atención merece el hecho que, de acuerdo al Artículo 29 DUDH, la ley podría limitar los derechos y libertades de las personas con base a: las libertades de otros como sujetos individuales, y las exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática y su correlación con la prohibición de no discriminación y de protección a la vida privada.

Los derechos humanos como reflejo de una asimilación cultural

Bajo este epígrafe presentaremos dos cuestiones que demuestran la ausencia de universalidad sustantiva del sistema propuesto por la DUDH. El primero se corresponde con la perspectiva colectivista de la dignidad humana que se relaciona con determinados pueblos indígenas y, el segundo, es la ausencia de consenso alguno a nivel internacional respecto a los derechos de género. Estos dos sectores de la sociedad son identificados *a priori* como grupos vulnerables por

³ Prueba tal aseveración, por una parte, la estimación realizada en el artículo 38.1.(c) del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional del cual es heredero el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia según el cual La Corte aplicará para solventar las disputas ante ella los principios generales de Derecho reconocidos por las *naciones civilizadas*; y, por otra, la famosa declaración leída por el avanzado ruso en las Conferencias de Paz de la Haya de 1899, donde sentencia que los principios del Derecho internacional serán comprendidos tal y como “resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y las exigencias de la conciencia pública” (Preámbulo de la Segunda Convención de la Haya sobre Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1989).

cuanto constantemente se encuentran enfrentados a una fuerte presión de asimilación social respecto de las formas de vida *mainstream*⁴.

Pueblos indígenas

La aproximación tradicional a los derechos humanos se ha realizado siempre desde una perspectiva individualista, esto es, desde la perspectiva del individuo y su dignidad, como herencia de un sistema de matriz cultural liberal occidental.

Sin embargo, si deseamos que los derechos humanos reflejen la realidad de la dignidad humana, es necesario reorientar nuestra perspectiva de los mismos para que incluyan concepciones y construcciones sociales más allá del individualismo. Muchas comunidades indígenas tienen una identidad construida en grupo o colectivo; el individuo no se concibe a sí mismo fuera de la realidad mayor que constituye su comunidad, y el grupo no es un conjunto de individuos agrupados por elementos comunes (McCorquodale, 2014: 333/334). En otras palabras, existen realidades en las que el individuo no se contempla como tal, sino como colectivo, y por ende su dignidad va ligada a la dignidad comunal. Como se ha introducido previamente, consideramos que el enfoque que tradicionalmente se ha dado a los derechos humanos no puede ser *universal* hasta que en su conjunto no responda a la percepción de las relaciones humanas de grupos cuya organización social responde a patrones colectivistas, y no proteja la dignidad colectiva⁵.

⁴ Relativo a las ideas, actitudes o actividades que son compartidas por la mayoría de las personas (Traducción propia de la definición en Oxford, *Compact Oxford English Dictionary* (2005).

⁵ En palabras de las *Guidelines on Indigenous Peoples' Issues* redactadas por el Grupo sobre Desarrollo de las Naciones Unidas en 2008, '*los pueblos indígenas, como colectividades, tienen culturas y visiones del mundo distintas y únicas, y sus necesidades actuales y aspiraciones para el futuro pueden diferir de los de la población dominante (Mainstream). Su valor y dignidad equivalentes solo pueden garantizarse reconociendo y protegiendo no solo sus derechos individuales, sino también sus derechos colectivos como grupos diferenciados. Es cuando estos derechos se afirman colectivamente que se pueden realizar de una manera significativa*'. United Nations, United Nations Development Group Guidelines on Indigenous Peoples' Issues, 2008.

Si bien es cierto que muchos derechos humanos tienen el efecto indirecto de proteger al grupo (el derecho a la libre asociación, el derecho a sindicarse, el derecho a la libertad religiosa, etc.) porque permiten que el grupo se reúna y exprese sus modos de vida, resulta relevante el hecho que solo pueden ser beneficiarios de estos derechos los individuos. Por consiguiente, se sigue imponiendo la perspectiva individualista de los derechos humanos —el individuo tiene derecho a asociarse— aunque estos puedan proteger indirectamente las concepciones de dignidad y existencia colectivistas (McCorquodale, 2014: 334).

En este punto, es necesario hacer hincapié en que sí existe en el sistema *universal* de derechos humanos un derecho colectivo como tal: el derecho a la libre determinación. Sin embargo, las concepciones individualistas se inmiscuyen incluso en la interpretación de este derecho colectivo, tal como ilustra la Observación General 12 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En esta Observación General, el comité hizo referencia a que “... *todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. Este derecho reviste especial importancia, ya que su ejercicio es una condición esencial para la eficaz garantía y observancia de los derechos humanos individuales y para la promoción y fortalecimiento de esos derechos*”⁶.

De lo anterior se deriva que incluso en el caso de un derecho de construcción puramente colectiva (cuyo objetivo es la protección de la dignidad de un grupo), este derecho es observado, considerado e interpretado desde el filtro conceptual de la concepción individualista de la realidad.

Llegados a este punto, resulta necesario elaborar sobre las concepciones colectivistas e individualistas desde la perspectiva de los derechos culturales. De un lado, si bien el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR) reconoce en su art. 27 el derecho de las personas que pertenecen a minorías a disfrutar de su propia cultura, este derecho es de nuevo concebido desde la perspectiva individual: es el individuo el que queda protegido. Por tanto, su formulación no

⁶ Human Rights Committee, *General Comment 12, HRI/GEN/Rev9 (Vol I) 183*, at 1.

responde a la percepción de las relaciones humanas de grupos cuya organización social responde a patrones colectivistas.

Respecto al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR), el art. 15 (1) reconoce el derecho de todos a participar en la vida cultural. De nuevo, este artículo está formulado desde una perspectiva individualista por cuanto todos se refiere a una pluralidad de individuos (*los individuos* tienen derecho a participar en la vida cultural). Prueba de ello es que si modificamos la interpretación por el *Pueblo Yanomami* tiene derecho a participar en la vida cultural, estaríamos ante una circularidad, dado que la vida cultural es en sí misma condición intrínseca a la naturaleza de *Pueblo* de los Yanomami. ¿Qué sentido tendría hablar de su participación en la vida cultural de un grupo cuando es la vida cultural el centro de la existencia de ese grupo? Consideramos que la dignidad de los pueblos indígenas está vinculada no solo a la “participación” cultural, sino a la preservación de *la propia identidad distintiva* de esa comunidad. En palabras del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “*La fuerte dimensión colectiva de la vida cultural de los pueblos indígenas es indispensable para su existencia, bienestar y desarrollo integral, y comprende el derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido*”⁷.

Asimismo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirmó que, al referirse al derecho a participar en la vida cultural, el art. 15 ICESCR se refiere a aquellas expresiones y concepciones a través de las que las comunidades, grupos e individuos expresan su humanidad, dan razón de ser a su existencia, y construyen su visión del mundo⁸. No obstante, cabe recordar que las Observaciones Generales pertenecen al corpus normativo del *soft law*, no siendo sus interpretaciones necesariamente seguidas por los Estados.

Sin embargo, queda esperanza para el futuro. En primer lugar, la protección de los pueblos indígenas desarrollada por la UNESCO a

⁷ Human Rights Committee, *General Comment 21, E/C.12/CG/21 (21 December 2009) at para. 36-7.*

⁸ Human Rights Committee, *General Comment 21, E/C.12/CG/21 (21 December 2009) at para. 13.*

través de la Convención para la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, constituye una gran aproximación a las necesidades de protección cultural de los Pueblos Indígenas, si bien no llega a constituir un desarrollo de perspectivas colectivistas del resto de derechos humanos. En segundo lugar, la Organización Mundial del Trabajo ha elaborado una amplia gama de derechos humanos desde la perspectiva colectivista de los pueblos indígenas⁹, “[c]onsiderando que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores”¹⁰. Por último, la Declaración de los pueblos indígenas ha adoptado la visión principalmente comunal de los derechos de forma radicalmente transformadora, pero sigue tratándose de un documento de *soft law*, al igual que las diversas Observaciones Generales de los diferentes Comités de Derechos Humanos¹¹.

Género

A pesar de la importancia que merece el estudio crítico de las deficiencias que a nivel normativo presenta la evidente desigualdad entre hombres y mujeres, en este segundo sub-epígrafe apuntaremos a estudiar la dificultad sustantiva que enfrentan los individuos y colectivos identificados con la perspectiva LGBTI¹² para superar las construcciones binarias de género¹³. Consideramos a estos efectos

⁹ La OIT ha regulado esta cuestión a través de los tratados de 1975 y 1989, los Convenios N. 107 y N. 169 sobre Poblaciones indígenas y tribales.

¹⁰ Preámbulo al Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales (núm. 169) de la Organización Internacional del Trabajo, 1989.

¹¹ Citar la declaración “para mas información”.

¹² Del inglés *Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender/Transsexual and Intersexed*.

¹³ Tampoco abordaremos la problemática derivada de la orientación sexual de una persona, referida por el preámbulo de los Principios de Yogyakarta, a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género. Disponible en: <http://yogyakartaprinciples.org> (última vez: 31/01/2018).

que, la constante marginalización de la sociedad *queer*¹⁴ y la ausencia del reconocimiento de las diferentes identidades de género¹⁵ generan abiertamente discriminación legal y material.

Desde una perspectiva de género, la asimilación cultural ejerce presión a distintos niveles para forzar la inclusión de las personas — en general— dentro de una perspectiva de género binaria (hombre y mujer, masculino y femenino, homosexual y heterosexual, transexual y no transexual). La dominación de estas construcciones sociales vulnera la dignidad de aquellas personas que no necesariamente sienten ajustarse, en su intimidad, a tales categorías de acuerdo a su identidad de género¹⁶. Aquellas leyes de estructura hetero-normativa que recogen conflictos desde una perspectiva binaria de género no solventan los problemas a los que se enfrenta la sociedad *queer*. En este ámbito, por ejemplo, encontramos casos en que la conducta de una persona tendiente a tener relaciones sexuales con otra presentándose como hombre, pero teniendo genitales femeninos, es perseguida y condenada penalmente. Esto es reflejo de la indemnidad en que se encuentran estas personas desde el punto de vista de los derechos humanos, así como también, de la comodidad desde la cual es aplicada la ley en una sociedad rígida, incapaz de comprender y respetar las distintas sensibilidades que puede experimentar una persona en relación a

¹⁴ Referido a aquellos que se encuentran libres de cualquier categoría sexual y social (Traducción propia de P. Ackroyd, *Queer City: Gay London from the Romans to the Present Day* (2017) at 61).

¹⁵ La 'identidad de género' de acuerdo al preámbulo de los Principios de Yogyakarta se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. Disponible en: <http://yogyakartaprinciples.org>

¹⁶ De acuerdo a O'Flaherty las personas con identidades de género distintas a aquellas predominantes "son sujetos de actos violentos con el objeto de 'castigarles' por transgredir las barreras de género o por desafiar las concepciones predominantes sobre roles de género, mientras que jóvenes transgénero han sido categorizados entre los jóvenes más vulnerables y marginalizados de la sociedad" (O'Flaherty, 'Sexual Orientation and Gender Identity', in D. Moeckli, S. Shah and S. Sivakumaran (eds.), *International Human Rights Law 2* (2014) at 304).

la definición de su propia identidad de género¹⁷. La incomprensión de tal situación lleva, por consiguiente, a la incomprensión de todos aquellos comportamientos que no se ajusten a los parámetros de la estructura social hetero-normativa desde la cual se aplica el Derecho.

Sostenemos que en este aspecto la ley, en general, se encuentra escrita para proteger y mantener las normas sociales de género —pero solo aquéllas que están dirigidas a velar por la aplicación estricta de una perspectiva de género binaria de la sociedad—. Como consecuencia de ello se deriva el menoscabo de los derechos y la dignidad de personas que se encuentran fuera de esta estructura social dominante, marginalizándolas de forma consciente al espacio de “los otros”. Esta referencia a “los otros”, lejos de vincularlos a un espacio de seguridad y protección, relega individual y colectivamente a las personas que no pueden ser agrupadas desde una perspectiva binaria de género, vulnerando sistemáticamente la dignidad de aquellas personas y grupos.

De este modo, la comprensión del Derecho desde una perspectiva que protege y promueve la dominación hetero-normativa en la sociedad, no sólo excluye total y absolutamente de las garantías contenidas en la ley a todas aquellas que designa implícitamente como “los otros”, sino también rehúye de la responsabilidad de aplicar el Derecho para resolver aquellos conflictos que surgen entre las propias diferencias de aquel grupo que minimiza, marginalizando y desamparando cualquier enfrentamiento de posiciones dentro del grupo de “los otros”.

Defenderemos la visión de que las normas contenidas en los catálogos de derechos humanos son insuficientes para controlar y redirigir el comportamiento de las autoridades hacia el respeto de la dignidad humana y la protección de la vida privada y familiar de los que hasta ahora han sido identificados como “los otros”, porque el Derecho requiere de manera forzosa reducir, cuando no suprimir, cualquier identidad de género que difiera de la construcción social preestablecida.

En definitiva, ‘*cultural mainstreaming*’ y la exigencia de asimilación cultural se han plasmado tradicionalmente en los instrumentos

¹⁷ Para una revisión en detalle de casos y un análisis crítico desde la teoría *queer*, ver: Gross, ‘Gender Outlaws before the Law: The Courts of the Borderland’, 32 *Harvard Journal of Law & Gender* (2009) 165-231

de derechos humanos, y es por esta razón que creemos que ellos carecen de un carácter universal real. A su vez, consideramos que la integración de una perspectiva multicultural contribuiría significativamente a avanzar en el camino para alcanzar la anhelada universalidad de los derechos humanos.

O Direito ao Ambiente como Direito Humano: Comentário sobre o Discurso Acadêmico

Sergio Graziano¹
Clóvis Malinverni²

A Declaração adotada na II Conferência Internacional de Direitos Humanos, realizada em Viena em 1993, enfatiza não apenas a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, mas também sua interdependência e inter-relação. Guardadas as especificidades históricas, culturais e religiosas dos povos, respeitados os diversos sistemas políticos, econômicos e culturais, pergunta-se: que direito representaria de maneira mais flagrante e definitiva a necessidade de promover os direitos humanos de forma complementar e global, senão o direito ao ambiente?

Diz-se que o reconhecimento e a efetividade de um direito ao ambiente são precondições para o exercício dos direitos humanos em geral. O argumento é consistente, afinal trata-se da possibilidade da manutenção da vida no planeta. A dignidade humana não pode ser compreendida à parte de uma dimensão ecológica, já que não há dignidade possível em um ambiente natural e humano degradado. Pode-se ainda atribuir essa dimensão a vários direitos sociais, desde o direito à saúde até o direito ao trabalho. A proteção do patrimônio natural é indissociável da proteção das culturas, justamente porque o direito ao ambiente constitui a base de uma vida humana qualificada, uma espécie de fundamento para a dignidade e para o exercício de direitos em geral.

¹ Doutor em Direito pela PUC/RIO (Brasil). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil). Realizou Pós-doutorado na PUC/RS (Brasil). Atua no Programa de Pós-graduação da Universidade de Caxias do Sul (Brasil). Professor, pesquisador e advogado.

² Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Mestre em Direito pela Mesma Universidade. Atua no Programa de Pós-graduação da Universidade de Caxias do Sul. Professor e pesquisador.

Por outro lado, debate-se como a proteção do ambiente natural e humano depende ela própria de um exercício efetivo, prévio ou concomitante, de diversos outros direitos humanos ou fundamentais. Tal formulação é igualmente difícil de refutar. Não há como pensar a eficácia de políticas ambientais, em sociedades democráticas, sem o efetivo exercício dos direitos à informação, ao acesso à justiça e à participação social em processos decisórios que trarão impactos diretos e indiretos sobre as coletividades humanas. No mesmo sentido, para que se possa exercitar um direito ao ambiente, é preciso que tenham sido implementados diversos outros, tais como o de não-discriminação (justiça ambiental); de liberdade de pensamento e opinião; de viver em uma ordem social e internacional justa.

Não obstante, o direito humano ao ambiente porta antes uma injunção moral do que um conteúdo rigorosamente jurídico, e o discurso acadêmico sobre a temática ambiental e os direitos humanos é frequentemente mistificador. Para melhor compreensão é necessário desenvolver a primeira afirmação em outro contexto e, em relação à segunda, porém, gostaríamos de sugerir três pontos de reflexão que nos parecem relevantes.

A primeira consideração é que o “direito ao ambiente” é usualmente referido de maneira atomística, como se a expressão tivesse um sentido preciso e unívoco. Para comentar esse ponto, convém retomar brevemente o tema dos “novos direitos”, resultantes do ganho de complexidade das relações sociais contemporâneas e da progressiva emergência de novas modalidades de conflitos e tensões jurídicas surgidas após a Declaração de 1948. Sabe-se que o fenômeno contemporâneo da multiplicação de direitos humanos, do qual a questão ambiental faz parte, se dá em diversas direções. Em um dos textos mais conhecidos sobre o tema dos “novos direitos”, Bobbio (2004: 63, ss.) designa ao menos três: (a) a proliferação dos bens merecedores de tutela jurídica; (b) a extensão da titularidade a sujeitos de direitos diversos do homem; e (c) a extrapolação do homem genérico (universal, abstrato e a-histórico) em direção a maneiras específicas e concretas de ser em sociedade (a mulher, a criança, o idoso, o doente, etc.), merecedoras de tutela jurídica específica. À tipologia de Bobbio certamente podem ser feitos acréscimos, tais como os novos instrumentos de tutela e as novas formas de exercício, uma vez que estes não são elementos acidentais, mas a própria essência de determinadas

demandas sociais. É o caso dos direitos de grupos sociais, cuja proteção eficaz requer instrumentos e espaços decisórios renovados, como ações e processos jurisdicionais coletivos de perfil inclusivo, de procedimentos administrativos de caráter participativo ou de mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos.

Tendo em conta o fenômeno real da multiplicação de categorias de direitos e modalidades de conflitos, o discurso acadêmico conclui, apressadamente, que um *direito ao ambiente* teria sido acrescentado ao catálogo de direitos já tradicionais, tornando esse *corpus* mais completo em razão do reconhecimento de uma nova geração de direitos pela comunidade internacional, bem como pelos ordenamentos estatais. Essa conclusão parece simplificar demais a compreensão do problema, como se a expressão “direito ao ambiente” encerrasse um conteúdo claramente definido e juridicamente exigível, com lugar garantido em uma história linear de progresso no reconhecimento de direitos e na evolução moral da humanidade. Parece-nos que aquilo que a expressão faz é congregar, de maneira mais retórica do que normativa, uma multiplicidade de tensões sociais e pretensões por afirmação de direitos, mais ou menos articuladas, mais ou menos precisas, mais ou menos eficazes.

Tomando como ponto de partida a tipologia de Bobbio, é fácil perceber que a proteção jurídica do ambiente pressupõe a proteção não de um, mas de diversos bens hoje considerados merecedores de tutela, tais como a água, a energia, a cidade sustentável, o ar puro, o equilíbrio ecossistêmico, a biodiversidade, a incolumidade do patrimônio genético. Face a esses “novos” bens, emergem debates sobre novas titularidades jurídicas, desde aquela atribuída a grupos e classes de pessoas até àquela reivindicação, adequada ou não, do reconhecimento da personalidade jurídica aos animais ou à própria natureza. Da mesma forma, são muitos os novos *status* de subjetividade, que demandam a concretização de direitos em condições particulares, tais como os atingidos por barragens, os deslocados e refugiados ambientais em geral, os povos portadores de conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, dentre outros.

Se, a título de exemplo, considerarmos um “direito à biodiversidade” como (o que seria) um dos elementos inerentes a um *direito ao ambiente*, será necessário evocar também um direito ao patrimô-

nio genético, debatendo-se sua titularidade (individual ou coletiva) e formas de exercício, seja como direito à proteção da diversidade genética dos ecossistemas, seja como proteção contra usos eticamente inaceitáveis do genoma humano. Um direito à biodiversidade dependerá, por exemplo, do direito dos povos tradicionais de participar dos processos decisórios que possam afetá-los, de decidir sobre o uso dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade e, se for o caso, de obter benefícios “equitativos”, em decorrência desse uso. Esse exercício de observação revela que, conforme nos aproximamos de problemas jurídicos mais específicos e de injustiças concretas, o referido direito ao ambiente se torna, lamentavelmente, *menos* operativo, revelando-se carente de conteúdo normativo.

Um segundo problema, na esteira do primeiro, diz respeito aos fundamentos dos direitos humanos. O direito ao ambiente é usualmente celebrado como se seus fundamentos estivessem estabelecidos desde sempre, ou como se fosse necessário acrescentar novos elementos de justificação, complementando ou reforçando, no plano doutrinário, uma justificação já assente e consolidada. Nesse sentido, concordamos com Gallardo, para quem a fundamentação dos direitos humanos não é algo dado, mas um “aspecto constitutivo de sua compreensão e proteção”. (Gallardo, 2014: 60-61) A concretização dos direitos humanos não se verifica apenas por meio de previsões legais ou de acordos preliminares sobre sua justificação filosófica, mas de maneira sociopolítica: a luta pela institucionalização e pela efetividade dos direitos *é também* uma luta por sua fundamentação e vice-versa. Portanto, a perspectiva formalista de que a importância da proteção ambiental já teria sido reconhecida pela ordem internacional, uma vez que constante de tratados, restando agora a tarefa de “implementar” um direito ao ambiente, despolitiza o problema, uma vez que separa as lutas políticas reais, portadoras de reivindicação por direitos, da busca pelo seu fundamento ou justificação.

Isso leva à terceira imprecisão, que compreende as demais: o discurso acadêmico tende a deduzir a realidade de um “direito humano ao ambiente” dos textos legais e doutrinários, dos anseios dos ambientalistas ou dos esforços diplomáticos nesse sentido. Não se pretende responder à pergunta da Filosofia do Direito, “o que é um Direito?”, oferecendo teses definitivas sobre problemas de vigência, validade e eficácia. Interessa perguntar, contudo, *quanto* de efetividade e regula-

ridade requer um direito para que seja considerado enquanto tal. A mitologia na qual recai parte do discurso acadêmico reside em considerar que é no plano retórico das declarações que direitos são garantidos ou negados, restando a tarefa de sua implementação. Como se os direitos não fossem decididos, sobretudo, no nível do detalhamento institucional; nas minúcias, antinomias e omissões de leis e regulamentos; na corriqueira prevalência do direito instrumental sobre o direito material; nas diversas modalidades de violência simbólica; nas forças políticas, pressões econômicas e culturais subjacentes às decisões administrativas e judiciais.

O exemplo da biodiversidade é novamente esclarecedor, na medida em que todos os esforços, desde a Convenção de Diversidade Biológica (CDB), não resultaram sequer na mitigação do verdadeiro *colapso* da biodiversidade global, que atinge seu ápice justamente no momento em que a produção de tratados e legislações nacionais se intensifica, quando o assunto se torna mais presente na vida política e no plano midiático. Não se trata de um problema futuro, mas de um colapso real e atual, com tendência de aprofundamento. (Marques Filho, 2016: 371) Apesar de alegados sucessos pontuais, os esforços no contexto da CDB têm sido claramente inadequados, na medida em que a taxa de perda de biodiversidade e os indicadores de pressão tem apenas aumentado nas últimas décadas. (Butchart et al., 2010) A aceleração da perda da biodiversidade reduz a estabilidade das comunidades ecológicas e produz efeitos em cascata, (Seddon, 2014) progressivamente mais graves.

Ora, que direito é este que, enquanto é progressivamente reconhecido, torna-se *menos* efetivo? Uma perspectiva crítica sobre os direitos humanos requer uma abordagem mais rigorosa e *verossímil* dos enunciados de direitos e declarações de princípios nos documentos internacionais, bem como dos elementos de ganância, violência e discriminação que fazem parte da era dos direitos humanos. Na impossibilidade de aprofundar o debate sobre a CDB, a fala de Clavero ilustra bem o tipo de postura:

Em momento algum [no texto da CDB] é reconhecido algum direito em sentido estrito aos grupos humanos que têm conhecimento e manejo dos recursos biológicos debatidos. É, ao contrário, o Estado que vê ratificada sua competência para a disposição, tanto normativa quanto econômica, destes conhecimentos. Com a assunção da convenção, os Estados

assumem o compromisso internacional de, *na medida do possível e conforme o caso*, contar com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas, e de buscar que estes sujeitos coletivos, os que são chamados indígenas e locais, participem *equitativamente* dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas. Ao cenário tradicional de uma ordem de confluência de Estados que reservam para si soberania e poderes, são acrescentados não reconhecimento e garantia de direitos, mas sim compromissos um tanto frouxos para compensar os efeitos da expropriação sistemática de comunidades humanas com cultura própria e sem Estado próprio. (2017: 180/181)

Em se tratando de um texto de opinião, preferimos entender que, lamentavelmente, não somos portadores de um mínimo de proteção ambiental referido a todos os seres humanos, tão somente em razão do fato de serem humanos. Caso contrário, seria difícil explicar que a humanidade assiste à sexta extinção em massa, desta vez antrópica, da biodiversidade planetária sem que qualquer representante do gênero humano possa, a título individual ou coletivo, lançar mão de remédios jurídicos eficazes em face das ações e omissões dos poderes econômicos e dos Estados nacionais.

Falar no direito ao ambiente para além da idealidade vazia requer compreender as condições de possibilidade de cada uma das reivindicações jurídicas a ele associadas, multiplicidade que não refuta, mas reforça a necessidade de uma perspectiva de complementaridade no exercício de direitos. A noção de “direito humano ao ambiente” encerra demandas fragmentárias, diferentes objetos de proteção, formas de titularidade e posições de enunciação, conteúdos éticos e epistemológicos distintos ou mesmo antagônicos, reivindicações que são ou não realizadas, em última instância, no plano das relações políticas, econômicas e sociais reais. Convém ao discurso acadêmico, ao proclamá-lo, tomar como critério de juridicidade a sua aptidão para institucionalizar parâmetros mínimos de proteção —da biodiversidade e da biossegurança; de qualidade do ar atmosférico; do equilíbrio climático; da qualidade de vida nas cidades; de proteção contra eventos extremos resultantes de causas antrópicas; de acesso à água e à energia; da distribuição equânime, intra e intergeracional, dos recursos ambientais e resíduos do sistema produtivo.

70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: Avanços ou Retrocessos?

Sidney Guerra¹

Honrado com o convite que me foi formulado pelo Instituto Joaquín Herrera Flores —IJHF e o Instituto Iberoamericano da Haia— IHH, em convênio com a editora espanhola Tirant lo Blanch, para participar de obra coletiva por ocasião do 70º aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, foram encaminhadas as seguintes proposições: a) A Declaração é considerada marco de um consenso universal alcançado em 1948 e aprimorado ao longo do tempo. Como compreender o multiculturalismo e os enfrentamentos entre culturas a partir dos valores consagrados no universalismo dos direitos humanos? b) A interdependência, indivisibilidade e inter-relação dos direitos civis, políticos, econômicos, culturais e sociais foram reconhecidas na Conferência de Viena de 1993 como uma complementariedade necessária. Na sua opinião, este avanço foi alcançado na prática? c) Até que ponto as intervenções humanitárias e a própria racionalidade neoliberal se utilizam do discurso ambíguo e ambivalente dos direitos humanos para outros fins?²

O tema, ora apresentado, reveste-se de grande interesse e atualidade, ainda que a Declaração esteja completando 70 anos de existência. Isso porque a proteção dos direitos humanos constitui-se como lídi-

¹ Pós-doutor pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra (Portugal); Pós-doutor pelo Programa Avançado em Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro (Brasil). Professor Associado da Universidade Federal do Rio de Janeiro (Brasil). Presidente do Instituto Brasileiro Pacificador (IBP). Advogado.

² O tema aqui apresentado é deveras complexo, longo e que suscita diversos entendimentos. Premido pelo espaço e em atenção ao propósito da publicação (algo em torno de 5 laudas), não tenho a pretensão de entrar nos pormenores do tema, tampouco esgotá-lo, mas apenas trazer algumas contribuições dos 70 anos da Declaração de Direitos.

mo interesse e necessidade que são impostos aos membros da sociedade internacional.

Em 10 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução n. 217, aprovou a Declaração Universal de Direitos Humanos, que contou com a manifestação favorável de 48 Estados e 8 abstenções (África do Sul, Arábia Saudita, Bielorrússia, Checoslováquia, Iugoslávia, Polônia, Ucrânia e URSS). A manifestação unânime dos Estados, sem que houvesse nenhuma reprovação ou reservas, defere uma condição importante à Declaração, transformando-a em verdadeiro “Código Internacional dos Direitos Humanos”, a ser seguido por todos os povos.

Mesmo com a inegável importância da Declaração de 1948 na universalização dos direitos humanos, houve quem afirmasse³ que os direitos humanos não poderiam ser concebidos de maneira universal. Como já assentado em outra oportunidade (Guerra, 2015: 91), muitos autores têm discutido a natureza jurídica da Declaração de 1948, como nos estudos apresentados por Ana Martins⁴.

Apesar dos entendimentos diversos⁵, evidencia-se que a Declaração demonstra com clareza a intenção da sociedade internacional de

³ Santos, B. de S. (2006), p. 442: “É sabido que os direitos humanos não são universais na sua aplicação. Actualmente são consensualmente identificados quatro regimes internacionais de aplicação de direitos humanos: o europeu, o interamericano, o africano e o asiático”.

⁴ Martins, A. M. G., op. cit., p. 127: “Há quem entenda que a declaração tem o mesmo valor jurídico que as outras resoluções da AG, ou seja, não cria obrigações para os Estados-membros da ONU e não é fonte imediata do DI; para outros a DUDH deve ser vista como um elemento constitutivo de regras consuetudinárias preexistentes; o caráter consuetudinário dos direitos e princípios consagrados na Declaração de Direitos foi adquirido posteriormente e, portanto, possui um caráter vinculativo; há quem defenda que a Declaração deve ser analisada como um instrumento pré-jurídico, pois foi fonte de inspiração de todas as outras regras, mas ela não tem força jurídica”.

⁵ Santos, B. de S., op. cit, p. 442, afirma que os direitos humanos não são universais em sua aplicação, e que um dos debates mais acesos sobre os direitos humanos gira à volta da questão de saber se os direitos humanos são universais ou, pelo contrário, um conceito culturalmente ocidental e, concomitantemente, à volta da questão dos limites de sua validade: “Mas serão os direitos humanos universais enquanto artefato cultural, um tipo de invariante cultural ou transcultural, ou seja, parte de uma cultura global? A minha resposta é não. Em minha opinião, o único fato transcultural é a relatividade de todas as culturas. A rela-

conceber normas que fossem contrárias às práticas de aviltamento da dignidade humana. Somado a isso, não se pode olvidar de outros argumentos, tais como: a incorporação das previsões da Declaração atinentes aos direitos humanos pelas Constituições nacionais; as frequentes referências feitas pelas resoluções das Nações Unidas à obrigação legal de todos os Estados de observar a Declaração Universal; e decisões proferidas pelas Cortes nacionais que se referem à Declaração Universal como fonte do direito⁶.

Mas por que há questionamentos sobre o universalismo ou relativismo dos direitos humanos? Por certo que a discussão existe em razão dos direitos consagrados na Declaração de 1948 terem sido concebidos de acordo com o pensamento ocidental, ficando os povos do oriente alijados de participarem, por não existirem como sujeitos de direito internacional.

De fato, apenas 56 Estados tomaram assento na Assembleia Geral que produziu o texto da Declaração, sendo certo que não foram observados os entendimentos de todos os povos do planeta sobre direitos humanos. Não por acaso é que a questão apresentada possibilita o florescimento de outra teoria, a do relativismo cultural.

Com efeito, partindo de um ponto de vista particular que envolve a comunidade, a doutrina relativista consagra uma série de críticas à concepção universalista dos direitos humanos, como por exemplo, que a noção de direitos humanos contrapõe-se à noção de deveres proclamados por muitos povos; o conceito de direitos humanos leva em consideração uma visão antropocêntrica do mundo, que não é compartilhada por todas as culturas; o caráter ocidental da visão dos direitos humanos, que pretende ser geral e imperialista; a falta de adesão formal por parte de muitos Estados aos tratados de direitos hu-

tividade cultural (não o relativismo) exprime também a incompletude e a diversidade cultural. Significa que todas as culturas tendem a definir como universal os valores que consideram fundamentais. O que é mais elevado ou importante é também o mais abrangentemente válido. Deste modo, a questão específica sobre as condições de universalidade dos direitos humanos é uma questão cultural do ocidente. Logo, os direitos humanos são universais apenas quando olhados num ponto de vista ocidental. Por isso mesmo, a questão da universalidade dos direitos humanos trai a universalidade do que questiona ao questioná-lo”

⁶ Vide Guerra, S. (2017). *Curso de direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva.

manos ou a falta de políticas comprometidas com tais direitos, o que seria indicativo da impossibilidade do universalismo. Para os defensores do relativismo cultural, os direitos humanos devem ser analisados em um contexto histórico, político, econômico, moral e cultural, isto é, os direitos humanos devem ser concebidos de acordo com os valores existentes em determinado Estado e não podem ser definidos em escala global. (Santos, 2006: 442) O argumento cultural de relativização à universalidade dos direitos humanos, afirma Boaventura (idem), somente pode ser aceito como cláusula de salvaguarda àqueles que assim desejarem exercer seus direitos de escolha, mas nunca para coagir outros a se submeter a determinados comportamentos apenas por se tratar de prática tradicional.

Sem embargo, os direitos humanos dão decência ao ordenamento jurídico e sua universalidade foi proclamada na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e ganhou inequívoca força a partir das duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos, a de Teerã, de 1968, e a de Viena, de 1993.

A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de Teerã, no ano de 1968, foi um importante marco no processo de internacionalização dos direitos inerentes à pessoa humana e na afirmação de sua universalidade. Com a participação de 84 Estados, além de representantes de organismos internacionais e organizações não governamentais, a Conferência objetivou examinar os progressos alcançados nos 20 anos transcorridos desde a aprovação da Declaração de 1948, bem como na preparação de um programa para o futuro com importantes questões. Tratou ainda de instar os Estados a aderir aos dois Pactos e a outros instrumentos internacionais de direitos humanos, de modo a assegurar vigência ao princípio da “universalidade dos direitos humanos” (Resolução XXII), bem como na adoção de “regras-modelo de procedimentos bem definidas” (Resolução X), para garantir a necessária coordenação e eficiência dos órgãos de supervisão dos tratados de direitos humanos das Nações Unidas. Pode-se afirmar que o encontro produziu avanços significativos, tais como: a afirmação do respeito aos direitos humanos para todos (caráter universal); a indivisibilidade dos direitos humanos e o combate à discriminação da mulher em diversas partes do mundo.

A partir da “terra fértil”, devidamente preparada a partir dos resultados da Conferência de Teerã, foi realizada a Conferência de Viena, no período de 14 a 25 de junho de 1993 que estabeleceu importantes pressupostos programáticos indispensáveis à universalização dos direitos humanos: a inter-relação entre desenvolvimento, direitos humanos e democracia; a legitimidade do monitoramento internacional de suas violações; o direito ao desenvolvimento e a interdependência de todos os direitos fundamentais.

A Declaração de Viena constitui o documento mais abrangente sobre a matéria na esfera internacional, sendo adotada consensualmente por representantes de todos os Estados de um mundo já sem colônias. Ela envolveu 171 Estados, cerca de mil organizações não governamentais e mais de dez mil indivíduos, e gerou efeito decisivo para a disseminação em escala planetária dos direitos humanos no discurso contemporâneo. Não se pode olvidar que uma das conquistas mais significativas da referida Conferência relaciona-se à universalidade, pois ao final sobreveio consenso sobre o caráter universal dos direitos humanos e sobre a realidade de que a diversidade cultural não pode ser invocada para justificar sua violação, isto é, ainda que as diversas particularidades históricas, culturais, étnicas e religiosas devam ser levadas em conta, é dever dos Estados promover e proteger os direitos humanos, independentemente dos respectivos sistemas. Ademais, confirmou-se também a ideia de que os direitos humanos extrapolam o domínio reservado dos Estados, invalidando o recurso abusivo ao conceito de soberania para encobrir violações, ou seja, os direitos humanos não são mais matéria exclusiva das jurisdições nacionais.

Indubitavelmente que a proteção dos direitos humanos teve avanços significativos a partir da Declaração de Direitos de 1948, onde percebeu-se, ao longo dos anos, grande desenvolvimento, a partir de fases bem caracterizadas, como as denominadas legislativa; de promoção; e de proteção⁷.

Apesar dos grandes avanços na matéria, não se pode olvidar que embora a compreensão dos direitos humanos seja concebida no plano global, pelo fato dos mesmos serem universais, este entendimento

⁷ Para melhor compreensão da matéria, Guerra, S. (2017). *Direitos humanos: curso elementar*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, cap. II.

tenha que ser adotado de maneira rígida, mas em conformidade com aspectos que estão igualmente consagrados por povos que tenham percepção diferenciada em algumas matérias, em consonância com aspectos culturais, religiosos e até mesmo por particularismos éticos, ou seja, propõe-se que para se formular uma compreensão para os direitos humanos no atual mundo globalizado e sem fronteiras, imperioso pensar em algo que ultrapasse a formulação tradicional do Estado nacional, ancorado na soberania clássica e, portanto, que seja capaz de dialogar entre as diversas culturas ao tratar aspectos que guardem similitudes e diferenças numa sociedade multicultural. Neste sentido, é necessário criar “arranjos” que sejam capazes de integrar os aspectos universais sobre direitos humanos, sem desprezar as particularidades existentes; mais ainda, harmonizar entendimentos para realidades díspares, sendo certo que as diferenças devem ser opostas a possíveis uniformizações expropriadoras, bem como os direitos humanos devem ser tomados como recursos contra as diferenças excludentes.

Por outro lado, infelizmente é possível constatar que houve alguns retrocessos, sob o véu da proteção dos direitos humanos, pela própria formação e configuração da sociedade internacional. Isso se dá, por exemplo, em algumas pseudo ações voltadas para assistência humanitária⁸, mas que são realizadas com o intuito de obter outras vantagens, seja no campo político ou econômico, a exemplo do que ocorreu nos episódios que ficaram conhecidos como “primavera árabe”.

Por fim, é forçoso afirmar que nos últimos 70 anos percebemos avanços e retrocessos nesta matéria, como num movimento pendular,

⁸ GUERRA, S (2017). Conflitos armados, catástrofes e assistência humanitária: uma leitura a partir do Direito Internacional das Catástrofes e a necessária mudança de paradigma. *Direito Público Contemporâneo*. Curitiba: Instituto memória.

“Conjunto de atos, atividades, e meios humanos e materiais relativos ao fornecimento de bens e serviços de natureza exclusivamente humanitária, indispensáveis à sobrevivência e à situação das necessidades essenciais das vítimas de catástrofes que põem em perigo a vida, a saúde, a integridade física, o direito de não ser submetido a tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, outros direitos fundamentais da pessoa humana, ou as necessidades essenciais da população, quer sejam de origem natural, técnica e provocadas pelo homem, ou decorrentes da violência ou de conflitos armados”.

característico de uma sociedade que, por vezes, assume comportamentos contraditórios e que precisa cada vez mais ter um olhar mais tolerante, solidário e não indiferente.

Una visión crítica del significado de la DUDH, con especial referencia a los derechos sociales

Tatsiana Ushakova¹

Este artículo está ordenado a partir de las respuestas a las preguntas-guía recogidas en la metodología presentada por los organizadores —Instituto Joaquín Herrera Flores (IJHF), Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH) y Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH)— para componer esta obra crítico-reflexiva sobre el Sistema Internacional de Derechos Humanos.

La DUDH es considerada como un marco de consenso universal alcanzado en 1948, que se ha desarrollado a lo largo del tiempo. ¿Cómo comprender el multiculturalismo y los enfrentamientos entre culturas a partir de los valores consagrados en el universalismo de los derechos humanos?

El objetivo principal de la DUDH consiste en postular la dignidad humana y los derechos de todas las personas, como fundamento indispensable para la consecución de la libertad, la justicia y la paz en el mundo. Dicha afirmación surge como reacción de la comunidad internacional ante la barbarie de la Segunda Guerra Mundial². Siguiendo

¹ Profesora Titular Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alcalá (España). Doctora en Derecho, Máster en Unión Europea y en Migraciones Internacionales y Extranjería; Estancias de investigación en las universidades de Ginebra, Burdeos, Frankfurt, Milán y State College (Penn State University, USA).

² Al respecto, resulta significativa la contribución de la AEDIDH a la promoción del derecho humano a la paz. Rueda Castañón, C.R., Villán Durán, C. (Eds.), *La Declaración de Luarca sobre el derecho humano a la paz*, Madú Ediciones, AEDIDH et als., Granda-Siero (Asturias) 2007.

a Habermas, es interesante señalar que el concepto de la dignidad humana, que tuvo previo desarrollo en la antigüedad y encontró su expresión más moderna en el pensamiento filosófico de Kant, empieza a reflejarse en los textos internacionales y las constituciones nacionales tan solo en el período de postguerra (Habermas, 2012: 73).

Incluso unos años antes de la aprobación de la DUDH, en 1944, la Declaración de Filadelfia, que actualmente forma parte de la Constitución de la OIT, reconocía que “[t]odos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica e igualdad de oportunidades” [el apartado II (a)]; y un año más tarde, en 1945, la Carta de la ONU depositaba “la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas” (Preámbulo).

El mismo adjetivo “universal” apunta a la idea de un valor omnipresente, tanto en su dimensión individual, propia de cada ser humano, como colectiva, inherente a los grupos de la sociedad civil, en particular los colectivos vulnerables, los Estados y otros sujetos y entes.

Se entiende que las máximas de la dignidad, la igualdad, la libertad, la justicia y la paz se respetan en todas las culturas, y así se conciben en las declaraciones regionales de derechos humanos. Por ejemplo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en mayo de 1948, esto es, siete meses antes de la DUDH, recuerda que los pueblos americanos “han dignificado la persona humana”, y que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”. Asimismo, la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos, de 1981, en vigor desde el 1986, recoge el compromiso de considerar debidamente la Carta de la ONU y la DUDH, y apunta que “los derechos humanos fundamentales derivan de los atributos de los seres humanos” y que los pueblos de África “todavía están luchando por su dignidad” (Preámbulo).

La “universalidad” de la DUDH también se manifiesta en el respeto del derecho de toda persona a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten” (art. 27.1). En este sentido, la cultura debe entenderse como “un concepto amplio e inclusivo que comprende todas las expresiones de la existencia humana”. A su vez, la expresión “vida cultural” hace referencia explícita al carácter de la cultura como “un proceso vital, histórico, dinámico y evolutivo, que tiene un pasado, un presente y un futuro”³.

Los derechos culturales son imprescindibles y solo pueden asegurarse en el contexto de la dignidad, la igualdad, la libertad, la justicia y la paz. Las raíces culturales de una persona forman parte integrante de su ser y se conectan con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y por ende, con la dignidad de la persona, por lo que deben entenderse e interpretarse de manera dialéctica.

Al respecto, hay que tener en cuenta que la existencia de distintas tradiciones ideológicas y culturales se oponía a la interpretación uniforme de los derechos humanos (Diez de Velasco, 2006: 184/185). Cabe recordar que la Declaración se aprobó por la Resolución 217 A (III) de Asamblea General de la ONU con ocho abstenciones de los entonces 56 miembros de las Naciones Unidas (Arabia Saudí, Bielorrusia, Checoeslovaquia, Polonia, Ucrania, URSS y Yugoslavia). Más tarde, en la Declaración de Viena, de 1983, las mismas oposiciones obligaron a incluir un párrafo relativo a “la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos”. Aun así, la Declaración finalizaba imponiendo a los Estados el deber, “sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las obligaciones fundamentales”.

³ CDESC, Observación General n° 21, de 2009, UN Doc. E/C.12/GC/21/Rev.1, párr. 11.

La interdependencia, indivisibilidad e interrelación de todos los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y el derecho al desarrollo) fueron reconocidas en la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993) como una complementariedad necesaria. En su opinión, ¿se ha consolidado este entendimiento de los derechos humanos en la práctica?

La Declaración de Viena, de 1983⁴, es conocida no solo por respetar la identidad cultural de distintas personas y pueblos, sino también y, más que en otros aspectos, por proclamar la interdependencia, indivisibilidad e interrelación de todos los derechos humanos. Desde entonces, no se discuten dichas características. Sin embargo, en la práctica se observan notables diferencias en las garantías de distintos derechos. Ante todo, el grado de protección se debilita debido a la cultura política o el nivel de desarrollo económico de uno u otro país.

Tradicionalmente, los derechos civiles y políticos gozan de un grado superior de protección en el plano internacional. En concreto, a nivel regional, los particulares (personas físicas y jurídicas) pueden acceder a los tribunales para defender los derechos civiles y políticos; y las sentencias sobre las demandas individuales son de obligatorio cumplimiento por los Estados. Este es el caso del sistema del Consejo de Europa. El TEDH se encarga de las demandas individuales para asegurar el respeto al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio de Roma de 1950), instrumento de derechos civiles y políticos. Sin embargo, hay que señalar que, en los comienzos del siglo XXI, los derechos económicos, sociales y culturales empiezan a formar parte de la práctica del TEDH de manera indirecta, por la vía de prohibición de la discriminación (art. 14), protección de la propiedad (art. 1 del Protocolo n° 1) o el respeto de la vida privada y familiar (art. 8). En el ámbito de los derechos sociales, valgan de ejemplo los casos *Stummer c. Austria* (37452/02) o *Bărbulescu c. Romania* (61496/08). Por otro lado, los mecanismos de control en el marco de las Cartas

⁴ *Declaración y Programa de Acción* de la Conferencia, A/CONF.175/23, de 12 de julio de 1993.

Sociales Europeas, de 1961 y de 1996, no contemplan la posibilidad de obligar a los poderes públicos de los Estados partes a ejecutar las recomendaciones o decisiones del Comité.

En la misma línea de ideas, hay que resaltar que no se han desarrollado de manera simultánea los mecanismos de control y supervisión en el marco de los Pactos, que protegen los derechos civiles y políticos (PIDCP) y económicos sociales y culturales (PIDESC). Los mecanismos de comunicaciones individuales e interestatales en el marco del primero se han beneficiado tanto de la ventaja temporal, como de apoyo por parte de los Estados. El Protocolo Facultativo, que contempla dichas comunicaciones, entró en vigor en el año 1976 y, actualmente, cuenta con 116 instrumentos de ratificación. Mientras que el Protocolo correspondiente del PIDESC entró en vigor tan solo en el año 2013, ratificado, hoy en día, por 22 Estados. Del mismo modo, sirven de referencia las observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) n° 3 y n° 9, que aclaran las particularidades de aplicación del Pacto por los Estados partes. Se exige que los gobiernos hagan efectiva su aplicación “por todos los medios apropiados”. De este modo, se adopta un planteamiento amplio y flexible que permite tener en cuenta las particularidades del sistema legal y administrativo de cada país, así como otras consideraciones pertinentes⁵. No obstante, esta flexibilidad no debe mermar la obligación de cada Estado, ya señalada, de utilizar todos los medios de que disponga para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto⁶.

¿Hasta qué punto las intervenciones “humanitarias” y la propia racionalidad neoliberal utilizan el discurso ambivalente de los derechos humanos para otros fines?

La omnipresencia y la interdependencia de los derechos humanos determina y facilita la utilización del discurso de los derechos humanos en otros contextos, por ejemplo, en los ámbitos laboral y comercial.

⁵ CDESC, Observación General n° 9, de 1998, UN Doc. E/C.12/1998/24, párr. 1

⁶ UN Doc. E/C.12/1998/24, párr. 2.

Ante todo, cabe recordar que en 1944 la Declaración de Filadelfia de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) definió la justicia social⁷. Del mismo modo, reiteró la famosa máxima de que “el trabajo no es una mercancía” y, haciendo uso de un lenguaje más moderno, añadió que “la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante”, que “la pobreza en cualquier lugar constituye una amenaza a la prosperidad de todos”, y que debe garantizarse “una distribución justa de los frutos del progreso”.

En los albores del siglo XX, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, de 1998, reforzó el vínculo entre la justicia social y los estándares laborales. En este sentido, se buscaba impulsar la acción en pro de los derechos en el contexto de la globalización, mediante los llamados “derechos capacitadores” o “habilitadores” (“*enabling rights*”) que servirían para avanzar en otros ámbitos⁸. En rigor, se refería a los cuatro derechos fundamentales en el trabajo: libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil, y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. En los arts. 23.2 y 23.4 de la DUDH, se reconocen expresamente dos de ellos. Los otros dos pueden deducirse de los arts. 3, 4 y 25.2.

En la Declaración de 1998, entre otras cuestiones, se indicó que, al incorporarse libremente a la OIT, todos los Estados miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, y se han comprometido a esforzarse por lograr los objetivos generales de la Organización en la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas; y que esos principios y derechos han sido expresados y desarrollados en for-

⁷ Sobre el significado de la Declaración de Filadelfia, véase Supiot, A., *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, Paris 2010.

⁸ Rodgers, G., Lee, E., Swepston, L. y Van Daele, J., *La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social, 1919-2009*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra 2009, p. 230; Ushakova, T., “La OIT como una organización dinámica en el sistema de Derecho internacional”, en Gil y Gil., J.L. (Dir.), *España y la OIT: 100 años de diálogo en un mundo cambiante*, Ediciones Cinca, Madrid 2017, pp. 65-67, 83-86.

ma de derechos y obligaciones en convenios que han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la Organización. Y, aunque se trata de un objetivo “estrictamente promocional”, dicho compromiso se refuerza con el seguimiento anual relativo a los convenios fundamentales no ratificados⁹.

Asimismo, hay que mencionar la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, de 1977, revisada recientemente¹⁰. Se decidió introducir nuevas enmiendas en la Declaración a la vista de los profundos cambios de los últimos años, tanto en el sistema interno de la OIT como en el sistema internacional universal. En el panorama interno, han influido la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008; las nuevas normas internacionales del trabajo, y las conclusiones de la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) sobre la promoción de empresas sostenibles, de 2007, y el trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro, de 2016. A la vez, se han tenido en cuenta los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de la ONU para “proteger, respetar y remediar”, de 2011; los objetivos y metas de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, de 2015, y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, revisadas en 2011¹¹.

La Declaración toma pulso a la complejidad creciente del sistema internacional e invita a los gobiernos, a las organizaciones de trabajadores y de empresarios y a las empresas multinacionales que operan en los territorios de los Estados miembros de la OIT a que observen los principios establecidos en el Instrumento. De este modo, y a diferencia del enfoque de las Líneas Directrices de la OCDE, las recomendaciones de la Declaración tripartita de la OIT se dirigen no solo

⁹ Capítulo II. “Seguimiento anual relativo a los convenios fundamentales no ratificados” del Seguimiento de la Declaración de 1998.

¹⁰ OIT, *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*, adoptada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo en su 204ª reunión, Ginebra, noviembre de 1977, y enmendada en sus 279ª (noviembre de 2000), 295ª (marzo de 2006) y 329ª (marzo de 2017) reuniones.

¹¹ OIT, *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*, p. 2.

a las empresas multinacionales, sino también a los otros tres grupos de actores.

En efecto, la actividad normativa de la OIT de los últimos años se ha desarrollado en correspondencia con las características propias del sistema de la ONU y las agencias y los organismos con competencias en materia de derechos humanos. Se ha percibido un descenso en la codificación mediante los convenios o instrumentos vinculantes y un recurso cada vez más frecuente a los instrumentos no vinculantes, tales como recomendaciones, códigos de conducta y declaraciones. Dicha tendencia se debe a múltiples razones, entre otras: el descenso del interés por los derechos humanos como objeto de codificación o, en las palabras acertadas de Battistella, “*l’essoufflement du discours sur les droits de l’homme*” (Battistella, 2008: 29) después de la Conferencia Mundial de Viena de 1993; la dificultad de controlar el cumplimiento de la masa normativa generada y la creciente complejidad del sistema internacional, en particular, en términos numéricos.

Paralelamente a la ralentización del ritmo de producción de instrumentos vinculantes, se dibuja una tendencia esperanzadora: los derechos fundamentales en el trabajo promovidos por la OIT empiezan a servir de referencia para otros sistemas y ámbitos. Así, por ejemplo, la iniciativa de la ONU llamada el Pacto Mundial (Global Compact) de 1999 (Ushakova, 2014), que se configura como una plataforma y promueve la participación y el compromiso voluntario de las empresas y otros entes, incluye dentro de su ámbito de acción los “Derechos humanos” y las “Normas laborales”. Las últimas se articulan a través de los cuatro principios fundamentales de la Declaración de 1998.

Del mismo modo, las disposiciones laborales de muchos acuerdos comerciales, firmados en las dos últimas décadas, se construyen en torno o a partir de los derechos fundamentales de la OIT. Un reciente documento de la Organización indica que, en 2015, el 65,8% de los acuerdos comerciales contenían esta referencia (OIT, 2016: 4). Tanto la propuesta regional de la Unión Europea, como la práctica Norte-Sur, se apoya en el mismo fundamento del estándar laboral mínimo establecido por la OIT.

La práctica de incorporación de los derechos fundamentales en el trabajo en los acuerdos comerciales recibe tanto críticas como elogios. Por un lado, contribuye a la cristalización de los estándares mínimos

laborales en el comercio y a la coherencia normativa de los sistemas jurídicos internacionales comercial y social; por otro lado, puede utilizarse con fines proteccionistas o como instrumento de presión.

¿Cuál es en su opinión el valor jurídico de la DUDH en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos actual?

Los derechos de la DUDH se han plasmado en los Pactos internacionales de derechos civiles y políticos (PIDCP) y de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC), de 1966, ratificados, respectivamente, por 169 y 166 Estados miembros de la ONU, que constituyen las tres cuartas partes de países de la comunidad internacional.

Asimismo, el valor jurídico predominante de los instrumentos internacionales universales de derechos humanos se reconoce en las constituciones de los Estados. A título de ejemplo, el art. 10.2 de la Constitución española, de 1978, indica que “las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la DUDH y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Además, la relativamente reciente Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (LTOAI), de 2014¹², establece la prevalencia de los tratados internacionales sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional (art. 32). Parece que, en su práctica de aplicación del art. 10.2, el Tribunal Constitucional únicamente ha hecho referencia a unos pocos artículos de la DUDH en unas treinta sentencias y casi nunca con alcance determinante para el fallo. En la mayoría de los casos, la Declaración se ha utilizado junto con otros textos internacionales, en particular, los Pactos¹³.

Se observa la relevancia del valor interpretativo de la DUDH en el sistema de la Unión Europea (UE). La Carta de los Derechos Fundamentales, de 2000, se abre con el artículo sobre la dignidad humana,

¹² Ley 25/2014, de 27 de noviembre, *B.O.E.* núm. 288, de 28 de noviembre de 2014.

¹³ Sinopsis del art. 10 CE, en: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=10&tipo=2> (consultado el 10 de enero de 2018).

y remite a la Declaración como fuente de inspiración al respecto, refiriéndose a la dignidad no solo como un derecho fundamental, sino como la base misma de los derechos fundamentales.

Con todo, parece que el valor jurídico de la DUDH no se limita al interpretativo. Tal vez, inicialmente, la Declaración sirvió para la interpretación de otras normas. No obstante, a raíz de esta función, y con los años de práctica correspondiente, alcanzó el reconocimiento universal de los derechos humanos contemplados a nivel internacional, regional y nacional. Por lo tanto, cabe afirmar que se ha producido la cristalización del carácter consuetudinario de esos derechos. No en vano, la DUDH y los Pactos y sus Protocolos reciben el nombre de La Carta Internacional de los Derechos Humanos, al entenderse que dichos instrumentos agrupan los derechos humanos contemplados en su globalidad (Diez de Velasco, 2007: 654).

A Decolonialidade da Declaração Universal dos Direitos Humanos em Face dos seus Setenta Anos

Tiago Resende Botelho¹

Eliane Dupas²

A comemoração de setenta anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) nos dá a certeza de que muito se avançou na matéria a partir de 1948 com a internacionalização de tais direitos, porém, também temos a inegável afirmação de que a sua efetivação permanece o desafio do século. Nesse sentido, Joaquín Herrera Flores afirma sobre a dificuldade de efetivação dos Direitos Humanos:

Clássica e tradicionalmente considerados como parte da essência humana, os direitos humanos são reduzidos, por um lado, à mera retórica conservadora —ou evangelizadora— que serve mais para justificar o injustificável que para resolver os problemas concretos da humanidade. Por outro lado, são concebidos como uma proposta utópica dirigida a vingar os povos das maldades de ditadores e golpistas absolutamente funcionais ao novo totalitarismo do mercado absoluto e onisciente. (2009: 20)

Em um contexto traumático de pós-guerra, a Declaração Universal de Direitos Humanos foi instrumento internacional que unificou os valores comuns das nações e moldou a perspectiva universalista dos Direitos Humanos, estabelecendo paradigmas mínimos que devem ser respeitados para que os horrores bélicos não acontecessem

¹ Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra; Mestre em Direito Agroambiental pela UFMT; especialista em Direitos Humanos e Cidadania pela UFGD; Licenciado em História pela UFGD; Bacharel em Direito pela UEMS; Professor da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados e Advogado.

² Doutoranda em Direito do Estado pelo Programa de Doutorado Interinstitucional DINTER USP-UFMS; Mestra em Fronteiras e Direitos Humanos pela UFGD; Bacharela em Direito pela UFMS; Graduada em Ciências Sociais pela UFGD e Advogada.

novamente. Sendo assim, a DUDH entre tantos outros documentos internacionais que dela se originam é “[...] instrumento central para legitimar, nacional e internacionalmente, a ordem do pós-guerra, num momento em que todos os princípios do Estado e da organização internacional haviam emergidos da guerra seriamente enfraquecidos”. (Douzinas, 2009: 130)

Porém, 70 anos após a DUDH, as violações aos direitos permanecem e as vítimas são diversas, atingindo com maior intensidade os viveres conjugados nos países historicamente colonizados. Assim, tais direitos não são protegidos em sua plenitude, afinal, apenas uma parcela da população mundial pode se valer das regulamentações jurídicas para a sua proteção (Pinheiro, 2008).

É preciso ressaltar que a opção em eleger a DUDH como a certidão de nascimento de proteção universal às vidas humanas faz parte de uma escolha colonial que pouco passou pelo reconhecimento dos muitos modos de ser, fazer e viver do continente americano. Assim, a lista de direitos, com aproximadamente trinta direitos humanos imprescindíveis à dignidade da pessoa humana, declarada pela DUDH se embasa nas experiências temporais e geográficas vividas por séculos na sociedade europeia. Na América Latina, por exemplo, o direito a não discriminação, escravidão e tortura, liberdade, nacionalidade, educação entre outros listados como universais eram experiências pouco vividas. Não por menos, sessenta anos antes da DUDH, no Brasil, era legalizado escravizar corpos negros, ou seja, negar humanidade. É a colonialidade e seu processo moderno de permanência nos países ditos independentes e democráticos.

Embora seja marco inicial dos Direitos Humanos e tenha sido aprimorada por outros instrumentos jurídicos, ainda permanecem as contradições coloniais envolvendo a homogeneização, universalização, soberania rígida dos Estados e a incapacidade, na grande maioria das vezes, de se fazer uma releitura da DUDH que seja emancipatória e caiba todos os países que, por terem vivido uma colonização histórica perversa, seguem submersos em colonialidades nevrálgicas.

Mesmo com a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de Viena, em 1993, tentando reverter a colonialidade clarividente da DUDH, bem como reconhecendo a democracia como o regime de governo que mais protege os direitos das pessoas, os Estados envolvidos

por uma lógica colonial seguem como os principais violadores de tais direitos. E essa contradição é ainda mais evidenciada em democracias de baixa intensidade e colonialidade vigente: viola os direitos humanos sob o argumento de proteger os mais fracos e utilizando-se do monopólio do uso legítimo da força física (Pinheiro, 2008).

Logo, a perspectiva universalista dos Direitos Humanos carrega em si outra contradição, se por um lado há que se respeitar a soberania dos Estados, garantindo as identidades culturais e possibilitando que haja relações hostis de enfrentamento entre as culturas diversas, há, por lado outro, a situação na qual um Estado (ou um grupo de Estados) se ergue como soberano regulador dos direitos, como aconteceu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, havendo a imposição de seus próprios princípios. Como afirma Douzinas sobre o processo de construção dos direitos humanos que “[...] foi marcada por um placar ideológico e um intenso conflito entre o liberalismo ocidental e outras concepções de dignidade humana. [...] As cores ideológicas da Declaração Universal eram evidentemente ocidentais e liberais” (Douzinas, 2009: 34).

A solução para tal conflito, pela perspectiva de Jürgen Habermas, se dá pela teoria do discurso, que prevê uma conversa justa e equilibrada, por meio de um agir comunicativo, para se alcançar a possibilidade de serem estabelecidos direitos universais de forma democrática, com o consentimento de todos os envolvidos. Caso contrário, a universalidade é limitada aos “direitos clássicos de liberdade”. (Habermas, 1987)

Na perspectiva decolonial, ou seja de desprendimento da colonialidade como face oculta da colonização histórica e fortemente vigente no projeto de modernidade atual, a DUDH deve ser interpretada dentro do processo histórico, temporal, político, geográfico, epistêmico e ontológico que está inserido o continente americano. A negação dos direitos declarados como universais pela DUDH é nos países que sofreram a colonização infinitamente mais indignificantes que nos países colonizadores, mesmo porque a lista de direitos declarados seguem sendo apenas o direito a se ter direitos. E como afirmado por Herrera Flores, alguns seres humanos não têm nem o direito a ter direitos:

Estamos diante de uma lógica bastante simplista que, contudo, tem consequências muito importantes, pois conduz a uma concepção “a prio-

ri” dos direitos humanos. Se estamos atentos, essa lógica nos faz pensar que temos os direitos mesmo antes de ter as capacidades e as condições adequadas para poder exercê-los. Desse modo, as pessoas que lutam por eles acabam desencantadas, pois, apesar de nos dizerem que temos direitos, a imensa maioria da população mundial não pode exercê-los por falta de condições materiais para isso. (Herrera Flores, 2009: 33)

Portanto, a releitura da Declaração Universal dos Direitos Humanos se faz necessária sob a perspectiva decolonial, afinal, ao tratar de direitos humanos, fala-se das lutas que gestam a práxis social na busca das muitas formas dignas de ser, saber, fazer e viver. Assim, o direito à vida, máxima declarada na DUDH, não é uma cláusula fechada, pois o processo de divisão do fazer humano é múltiplo. Viver dignamente passa pela garantia das condições materiais e imateriais que demandam cada fazer humano. A DUDH ainda que, historicamente, possua em sua lista de direitos uma proximidade com as experiências ocidentais e liberais, pode, desde que decolonizada, ser utilizada como instrumento para luta emancipatória. Caso contrário, seguirá sendo a cantilena simplista que se finda no direito a se ter direitos.

A internacionalização dos Direitos Humanos, dentro dos limites e contradições, possibilitou a proteção individual e a criação de órgão para a cooperação mundial, porém, os mesmos não estão ilesos à colonialidade, principalmente ao que se refere à sabida incapacidade dos direitos humanos em reverterem a precária situação com que vivem os países que sofreram os processos históricos de colonização. Também, há pouca preocupação, dentro da estrutura internacional, que sistematiza os direitos humanos em o envolvê-lo frente a uma realidade decolonial que se abra ao multiculturalismo e interculturalidade.

A Conferência de Viena reafirma a universalidade dos Direitos Humanos, porém, tem como diferencial o fato de ter observado o multiculturalismo ao afirmar no artigo 5 que as particularidades históricas, culturais e religiosas devem se respeitadas, mas que o Estado deve garantir e proteger os direitos humanos independentemente dos respectivos sistemas. Ou seja, não é possível violar os direitos humanos sob o pretexto de não ferir o ordenamento nacional. (Alves, 1994)

Logo, um dos grandes feitos da Declaração de Viena foi justamente relativizar a universalidade, considerando o relativismo cultural e reafirmando que tais direitos podem ser essencialmente incorporados

em variadas culturas, uma vez que contou com o envolvimento de 171 delegações de Estados, bem como com a participação de mais de 2000 organizações não governamentais, o que gerou uma expressividade numérica, além de pluralidade de nações independentes, o que não aconteceu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e com a Conferência de Teerã (1943). (Cançado Trindade, 2017)

Porém, as relações internacionais assimétricas demonstram que embora a Declaração de Viena tenha sido realizada sob uma construção mais plural e de relativização da universalidade, tais direitos continuam sendo os balizadores dos sistemas regionais. Logo, permanece o desafio dos Direitos Humanos no século XXI, a sua efetivação material para além da mera proteção formal de tais direitos, respeitando e promovendo o multiculturalismo. (Herrera Flores, 2009)

Para alcançar os objetivos propostos na Conferência de Viena, é necessária a discussão de princípios básicos, como o da universalidade e também da interdependência, por exemplo, o que não ocorreu, permanecendo a mesma concepção da Declaração Universal dos Direitos Humanos. A mudança trazida pela Conferência foi a promoção de um debate mais amplo, conforme demonstrado, com os mesmos fundamentos. (Hernandes, 2010)

Logo, é inegável que a Declaração Universal dos Direitos Humanos traz um forte marco na internacionalização dos Direitos Humanos, sendo reflexo da concepção ocidental e liberal utilizada para reverter a trágica realidade com que os países do eixo (Alemanha, Itália e Japão) e seus aliados França, Reino Unido, União Soviética e os Estados Unidos tinham lançado o mundo e a coisificação da vida humana. Com o passar dos anos, por meio das muitas lutas decoloniais travadas ao redor do globo, o texto da DUDH se viu obrigado a se desprender dessa carga histórica colonial com a qual foi proposto. Porém, muitas vezes, ainda desconsidera as especificidades das nações, impondo-se como direitos universalizantes, preterindo as culturas regionais, principalmente as não ocidentais. Indígenas, quilombolas, trabalhadores rurais, mulheres, gays, deficientes entre outros sabem o quão difícil é fazer valer suas especificidades frente a lista de direitos declaradas pela DUDH no continente americano.

De forma ainda mais colonial, as intervenções humanitárias amparadas na racionalidade neoliberal, utilizam-se do discurso ambíguo e

ambivalente dos Direitos Humanos para se legitimarem. Assim, sob o pretexto da obrigação de proteger, ocorrem intervenções em assuntos internos dos Estados, gerando controvérsias entre as nações. (Ueta, 2006). Trata-se de intervenções militares com uso legitimado da força, embora tenham caráter humanitário de proteção às vítimas de catástrofes naturais e conflitos bélicos.

Sob a argumentação de proteger as pessoas e levar a paz, há o uso unilateral e, muitas vezes, abusivo da força, que compromete os direitos humanos e a harmonia internacional. É a colonialidade viva se inserindo em espaços que não a cabem que são os direitos humanos. Logo, tais intervenções coloniais não devem gerar maiores violações do que as causadas pelos problemas que pretendem solucionar. As intervenções humanitárias carregam a contradição intrinsecamente, afinal, utilizam-se de força física e violência para coibir a violação dos direitos humanos e desrespeitam a soberania dos Estados.

Portanto, para justificar a intervenção militar, deve haver “propósito único de prevenir ou fazer cessar uma violação grave de direitos humanos, em particular ameaças às vidas das pessoas, quaisquer que seja sua nacionalidade”. (Verwey, 1992: 114). Qualquer situação que não represente de forma concreta a grave ameaça aos direitos humanos não justifica a intervenção e gera conflitos internacionais ainda maiores e fundamentados na cooperação internacional que está consolidada sob a perspectiva ocidental do conceito de humanitarismo. Utilizar dos interesses econômicos para intervir nada mais é que se afastar da lógica dos direitos humanos.

Os Direitos Humanos contidos na DUDH devem ser conduzidos de forma decolonial frente ao ordenamento jurídico internacional garantindo uma maior proteção das dignidades (material e imaterial) das vidas, em especial das vidas que herdaram a colonialidade como prática normalizante. As sete décadas transcorridas da DUDH servem para reconhecer o gigantesco esforço internacional na construção de um arcabouço jurídico que minimamente garanta a proteção das vidas, porém, precisa-se de muito mais e com urgência.

Portanto, por mais que as lutas decoloniais de novos sujeitos por novos direitos venham se empoderando, é preciso um maior alargamento decolonial da DUDH por parte do Sistema Global e Sistema Regional dos Direitos Humanos em face do Estado brasileiro para

que tais direitos passem a ser mais que meros direitos declarados, mas direitos que garantam a dignidade dos indígenas, quilombolas, trabalhadores rurais, mulheres, gays, transexuais, negros, deficientes entre tantos outros que não conseguem ter suas vidas dignificadas dentro do seu próprio país. Caso contrário, o questionamento da Marielle Franco³, vereadora no Rio de Janeiro, negra, pobre, da favela e defensora dos Direitos Humanos executada a tiros em 14 de março de 2018, seguirá ecoando com um grito de socorro em todo o Brasil: “quantos mais vão precisar morrer para que essa guerra acabe?”

³ A respeito da execução da vereadora Marielle Franco no Rio de Janeiro ver a matéria: “Vereadora do PSOL, Marielle Franco é morta a tiros na Região Central do Rio”. (GONÇALVES; LEITÃO; ARAÚJO; TEIXEIRA, 2018).

Los Derechos Humanos hacia el Derecho a la Ciudad. Participación y Gobernanza

Vicente Barragán Robles¹
Manuel Fernández-García²

Introducción

Los derechos humanos, entendidos como productos culturales (Herrera, 2005), no nacieron de la nada, entendemos que surgen en un contexto histórico concreto, esto es, occidente después de la segunda guerra mundial, inmersos en la guerra fría, un momento donde se pretendían poner medidas sobre las consecuencias del libre mercado. Además se viven procesos de descolonización (Herrera, 2008: 59). En nuestros días, el contexto ha cambiado muy significativamente, desde el punto de vista de los derechos humanos podemos repasar el desarrollo de los mismos desde una perspectiva muy citada como es la de las generaciones de los derechos humanos (Vasak, 1984). La primera generación de los derechos individuales, la segunda los sociales, la tercera culturales, y así van en aumento las generaciones de derechos humanos. Entendemos la función pedagógica de la explicación pero debemos poner en cuestión una visión unilineal y evolutiva del concepto que pueda llevar a equívocos sobre la superación de los derechos, entendiéndose como ya superados (Herrera 2008: 63). Qué ocurriría si así lo hiciéramos con los casos de falta de libertad de expresión con los raperos en España con la aplicación de la llamada Ley Mordaza³ o el reciente encauzamiento de las personas pertenecientes

¹ Licenciado en Ciencias Políticas y Sociología, Universidad de Granada. Doctor en Derechos Humanos y Desarrollo, Universidad Pablo de Olavide. Máster en Cuestiones Contemporáneas de Derechos Humanos, Universidad Pablo de Olavide. Experto en metodologías participativas de investigación social. Profesor de Sociología en la Universidad de Huelva. Profesor y coordinador del Máster Oficial Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo UPO/UNIA.

² Candidato a Doctor en Sociología de la Universidad Pablo de Olavide en España.

³ https://politica.elpais.com/politica/2018/02/20/actualidad/1519138222_303069.html visto 10/04/2018

a los llamados “Comités de Defensa de la República en Cataluña”, que son represaliados por movilizaciones de protesta⁴, acusados de rebelión y terrorismo, por poner ejemplos del día de hoy en España).

Los contextos son diferentes pero nuestra visión de los derechos humanos no. Los entendemos como procesos de lucha por la dignidad (Herrera 2008), que nos permitan exigir los bienes (materiales y no materiales) para vivir una vida digna de ser vivida. Hablar de derechos humanos, desde un posicionamiento crítico, es hacerlo de “la apertura de procesos de lucha por la dignidad humana” (Herrera 2008: 15). No ponemos en cuestión lo valioso de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la pensamos y ponemos en valor en su sentido emancipatorio, de ideal no de hechos consumados de una vez y para siempre. Siguiendo a Herrera Flores (Herrera 2008: 89-90), creemos en una lectura crítica y afirmativa de la declaración y nos situamos en sus últimos artículos. Concretamente del 28 al 30. El artículo 28 dice: “toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”, el artículo 29: “toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que solo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”. No se trata pues de derechos de personas atomizadas si no situadas en comunidad en contextos. Es por tanto pertinente estudiar la evolución de los derechos humanos reconocidos en la declaración que hoy estamos conmemorando, contextualizarla desde un posicionamiento crítico que nos permita abrir nuevos espacios de lucha por la dignidad hacia sociedades más justas e igualitarias, en este sentido a tendemos a uno de los grandes procesos que han caracterizado el siglo XX, que ha sido el proceso de urbanización.

Las últimas estimaciones de la ONU (United Nations, Department of Economic and Social Affairs, 2014) señalan que en el año 2050 dos tercios de la población mundial vivirá en ciudades. La ciudad global lejos de ofrecer las garantías básicas de habitabilidad genera pobreza y exclusión, se aceleran procesos migratorios, de urbanización y privatización de espacios y bienes públicos. Las consecuencias de inso-

⁴ https://www.eldiario.es/catalunya/politica/Guardia-Civil-activista-CDR-terrorismo_0_759424125.html visto 10/04/2018

tenibilidad medioambiental, de desigualdad y de pobreza, además de la falta de participación social y ciudadana para adoptar decisiones, hacen que sea urgente pensar modelos de organización de ciudades alternativas. La ciudad que ofrezca a sus habitantes condiciones y oportunidades equitativas para vivir sigue siendo objetivo de movimientos sociales y administraciones públicas. Las diferentes declaraciones y cartas sobre el Derecho a la Ciudad pretenden servir para un reconocimiento de tal de derecho como un nuevo Derecho Humano.

Del *droit a le ville* a habitat III

La idea del derecho a la ciudad surge con las reflexiones en los años 60 del filósofo francés Henri Lefebvre. En el contexto del creciente proceso de urbanización en marcha de la sociedad de consumo Lefebvre señala como el nuevo modelo de ciudad aparta de manera particular a ciertos colectivos de la sociedad. Así, Lefebvre identifica el comienzo del proceso de aceleración de la segregación social en las ciudades, basándose en el aislamiento de las relaciones sociales en ciudades inconexas, señalando la creciente brecha entre un centro aglutinador de la toma de decisiones y centro de consumo, y una periferia estratificada y dependiente donde residían las masas obreras en grandes conjuntos de vivienda (Lefebvre, 1978).

El concepto de Lefebvre ha sido objeto de desarrollo y reformulaciones en los 50 años desde su publicación y ha dado pie a una a toda una corriente de pensamiento, los estudios urbanos críticos. En relación al derecho a la ciudad, el concepto de ciudad presente en la obra tiene que ver más con su potencialidad, es decir, con lo que la ciudad puede llegar a ser que con la ciudad realmente existente. En este sentido Lefebvre usa las categorías marxistas de valor de uso y valor de cambio para distinguir entre la ciudad mercantilizada (valor de cambio), entendida como mercancía, y la construcción social del espacio urbano a través de las relaciones entre sus habitantes (valor de uso). Por tanto el derecho a la ciudad debe entender como el derecho no a la ciudad antigua sino a “ *la vida urbana, a la centralidad renovada, a los lugares de encuentros y cambios, a los ritmos de vida y empleos del tiempo que permiten el uso pleno y entero de estos momentos y lugares*” (Lefebvre, 1978:167).

En la interpretación general de la obra de Lefebvre realizado por teóricos como David Harvey o Jordi Borja se puede formular el derecho a la ciudad en dos niveles fundamentales, por un lado en el derecho de todo habitante de la ciudad a participar y disfrutar de los beneficios y la calidad de la vida urbana, a sus recursos y potencialidades, es decir, derechos que hacen referencia al entorno físico (vivienda, el espacio público, el transporte, el ambiente, etc.) que inciden en derechos tanto individuales como colectivos. Pero, por otro lado, el derecho a la ciudad implicaría también la posibilidad de participar en el cambio de la ciudad según las necesidades y deseos de la mayoría de la población (Borja, 2003). Una ciudad que responda a las necesidades humanas expresadas a través de las luchas de los movimientos urbanos. En este sentido, el Derecho a la Ciudad no es simplemente el derecho a lo que ya está en ella, sino el derecho a transformar la ciudad en algo radicalmente distinto (Harvey, 2008). En este sentido, podemos entender el derecho a la ciudad no solamente como un compendio de derechos materiales sino que debe de estar integrando necesariamente por derechos de carácter político y social imprescindibles para el ejercicio de la ciudadanía.

En suma, la propuesta del derecho a la ciudad centra su articulación en la construcción de una ciudad a escala humana con la participación de todos sus habitantes, especialmente de aquellos colectivos que tradicionalmente han estado excluidos de la capacidad de decidir en la configuración del espacio urbano, tanto en las lógicas de desigualdades de clase, raza, género, orientación sexual, como en la lógica centro-periferia que caracteriza a la ciudad capitalista. El planteamiento del derecho a la ciudad plantea también el derecho a la centralidad (Uceda, 2017) entendida como el acceso de la ciudadanía a los espacios centrales de decisión.

El desarrollo teórico del derecho a la ciudad ha tenido su reflejo institucional en las reformas de las agendas políticas de diversas ciudades, especialmente de América Latina y algunas experiencias Europeas, impulsadas por encuentros que continúan en el nuevo siglo desde el I Fórum Social Mundial en el cual se debatió la necesidad de organizarse para mejorar las condiciones de vida urbana y desarrollar un modelo más sostenible de ciudad, y Fórum Urbano Mundial. A partir de estos foros mundiales surgió la Carta Europea de los De-

rechos Humanos a la Ciudad, la cual tuvo como referencia la Carta Europea de los Derechos Humanos en la Ciudad.

Entre los diferentes documentos podemos encontrar:

- Carta Mundial del Derecho a la Ciudad. Porto Alegre, 2006.
 - La redacción del texto proviene de los resultados del I Foro Social Mundial (2001) La Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad parte de la exposición de las potencialidades de las ciudades como centros de gran riqueza económica, ambiental, cultural y política; pero incide en la importancia de la desigualdad de oportunidades y condiciones equitativas a sus habitantes, lo que genera pobreza y exclusión, degradación medioambiental, aceleran los procesos migratorios y de urbanización, así como son causantes de la segregación social y espacial y la privatización de los bienes comunes y del espacio público, El Derecho a la Ciudad es entendido como la mejora de la calidad de vida de las personas centrado en la vivienda y el barrio hasta abarcar la calidad de vida a escala de ciudad y su entorno rural, como un mecanismo de protección de la población que vive en ciudades o regiones en acelerado proceso de urbanización⁵.
- Coalición Europea de Ciudades contra el Racismo, IV Conferencia Europea de las Ciudades por Derechos Humanos. Nürnberg, 2004.
- Declaración Ciudades y Gobiernos Locales Unidos.
- Carta Europea de Salvaguardia de los Derechos Humanos en la Ciudad 2000⁶.
 - El primer artículo de la misma hace referencia explícita al Derecho a la Ciudad, centrándose no solo en la necesidad del bienestar de los individuos sino al papel fundamental que la administración municipal tiene en este proceso: La ciudad es un espacio colectivo que pertenece a todos sus

⁵ http://www.ugr.es/~revpaz/documentacion/rpc_n5_2012_doc1.pdf. Visto 08/04/2018

⁶ <https://www.uclg-cisd.org/es/el-derecho-la-ciudad/carta-europea/parte-1>. Visto 08/04/2018

habitantes que tienen derecho a encontrar las condiciones para su realización política, social y ecológica, asumiendo deberes de solidaridad. Las autoridades municipales fomentan, por todos los medios de que disponen, el respeto de la dignidad de todos y la calidad de vida de sus habitantes.

- Carta Europea del Derecho de la Mujer a la Ciudad, Comisión Europea 1995.
- Agenda 21 de la Cultura. Barcelona 2004.
- Agenda Municipal Latinoamericana-Federación Latinoamericana de Ciudades y Municipios. 2001.
- Observatorio internacional de los Derechos a la Ciudad, promueve la observación y registros de prácticas de implementación o reivindicación del Derechos a la Ciudad
- Fórum urbano Mundial, organizado por Naciones Unidas.

La DUDH: universalidad, interdependencia e indivisibilidad de derechos en el continente americano

Viviana Krsticevic¹
Alejandra Vicente²

Nos permitimos realizar esta reflexión sobre los alcances y limitaciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) con base en los más de 25 años de experiencia del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), una organización sin fines de lucro que trabaja en la defensa de los derechos humanos de las poblaciones más desfavorecidas en el continente americano. Partiendo de esa trayectoria, nuestra mirada se centra en valorar el impacto de la DUDH en la protección de los derechos de las personas que residen en las Américas y, a la inversa, los aportes que se han generado en este continente para desarrollar el derecho internacional de los derechos humanos, tanto antes de 1948 como después de la adopción de la DUDH.

La mirada en los dos sentidos es esencial, dado que la DUDH comparte 70° aniversario con un importante documento regional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana), que fue aprobada seis meses antes de la De-

¹ Directora Ejecutiva del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). Viviana es graduada en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Tiene un Máster en Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Stanford y un Máster en Leyes de la Universidad de Harvard. Ha representado a múltiples víctimas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Ha publicado numerosos artículos sobre derecho internacional en diversos países de las Américas y Europa.

² Asesora Legal Senior del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL); previamente, trabajó como Oficial Jurídica en el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en la Oficina de Asistencia Jurídica Gratuita y Detención (OLAD).

claración Universal, por la IX Conferencia Internacional americana realizada en Bogotá en marzo de 1948. En dicha conferencia también se gestó el origen de la Organización de Estados Americanos (OEA), que posteriormente creó la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dotando al continente de un sistema regional de protección de derechos. La Declaración Americana fue, por tanto, el primer acuerdo internacional en materia de derechos humanos, e instrumento regional esencial sobre el que se aprobaron a partir de la década de los años 60 los tratados vinculantes de derechos humanos en el continente³.

La literatura de historia del derecho da cuenta del impacto que tuvo América Latina en el desarrollo de los conceptos básicos de derechos humanos, como elevar a derechos internacionales los derechos del individuo (Álvarez, 1917), el impulso de los países latinoamericanos para la inclusión de una declaración de derechos en la Carta de Naciones Unidas, la elaboración de un borrador de declaración de los derechos y deberes del hombre por el Comité Jurídico Interamericano en 1945 y su impacto en la propia DUDH (Sikkink, 2017; Glendon, 2003).

A lo largo de estas últimas siete décadas, los avances normativos en las Américas han sido vertiginosos, siendo región pionera en el desarrollo de los alcances del crimen de desaparición forzada, la evolución del contenido del derecho a la verdad y el derecho de las víctimas a la reparación integral, en la persecución por parte de las jurisdicciones nacionales de los máximos responsables de violaciones de derechos humanos, como evidencian las condenas por la comisión de crímenes internacionales contra los ex mandatarios Alberto Fujimori en Perú y Efraín Ríos Montt en Guatemala, el reconocimiento de la violencia contra las mujeres como un asunto relevante para el derecho internacional, los derechos de los pueblos indígenas, por citar sólo algunos ejemplos.

³ Estos incluyen la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y su Protocolo Adicional sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (1998), la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994), entre otros.

A partir de este contexto de influencia mutua, realizaremos las siguientes reflexiones sobre el impacto que ha tenido en el continente americano la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos enunciados en la DUDH.

Si bien tanto la DUDH como la Declaración Americana se han considerado instrumentos con una marcada prevalencia en los derechos individuales sobre los colectivos⁴, su interpretación y aplicación progresiva en el continente americano ha llevado a desarrollos importantísimos en el campo de los derechos colectivos, especialmente de los pueblos indígenas, pero también de otros grupos en situación de vulnerabilidad cuya necesidad de protección reforzada era impensable al momento histórico de aprobarse ambos documentos.

A su vez, los aportes del derecho interamericano han sido claves en la construcción del marco normativo e institucional de derechos humanos desde una mirada regional con vocación universal, como señalábamos arriba en relación a la DUDH, y como muestra la jurisprudencia reciente de la Corte Interamericana en materia de protección de pueblos indígenas y otros colectivos.

De ese modo, las últimas opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana, dan cuenta de algunos de los avances en este sentido, al establecer de manera explícita la protección del derecho a la identidad de género, la igualdad y la no discriminación de las parejas del mismo sexo⁵; al reconocer que el derecho a un medioambiente sano tiene una dimensión colectiva, de interés para generaciones pre-

⁴ Ilias Bantekas y Lutz Oette, *International Human Rights Law and Practice*, Segunda Edición, 2016 Cambridge University Press, pp. 15 a 18; Pedro Nikken, “La Declaración Universal y la Declaración Americana. La formación del moderno derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, 1989 (número especial), p. 18.

⁵ Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación de las personas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.

sentes y futuras⁶; y al establecer deberes específicos de protección a niños y niñas migrantes⁷, por citar algunos ejemplos.

Dichos desarrollos no han sido inmediatos ni fáciles de conseguir, sino que son resultado de años de trabajo de movimientos sociales que a través de diferentes herramientas, como el litigio estratégico, han logrado que los sistemas judiciales de los países y los órganos regionales de derechos humanos reaccionen, desarrollando estándares cada vez más protectores para ciertos grupos⁸.

A modo de ejemplo, en una sentencia emblemática emitida por la Corte Interamericana en el año 2011 en el caso del pueblo indígena Sarayaku en Ecuador, el tribunal reconoció por primera vez en su historia los derechos colectivos de los pueblos indígenas⁹. Al hacerlo,

⁶ Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal —interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la CADH. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23.

⁷ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21.

⁸ Por ejemplo, tras años de negociación, el 5 de marzo de 2018 se aprobó el primer acuerdo vinculante a nivel regional, adoptado por 24 países de América Latina y el Caribe, para proteger los derechos de acceso a la información, participación política y acceso a la justicia en asuntos ambientales (Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y Desarrollo). El acuerdo, que es el único de este tipo que existe en el mundo, contiene una disposición específica para la protección de los defensores de los derechos humanos del ambiente, a la vez que establece el deber de los Estados de investigar y sancionar ataques, amenazas e intimidación en su contra. Más información sobre el acuerdo se encuentra disponible en el siguiente enlace <https://www.cepal.org/es/comunicados/america-latina-caribe-adopta-su-primer-acuerdo-regional-vinculante-la-proteccion>

⁹ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párrs. 231-232. Este reconocimiento fue reiterado en la Opinión Consultiva 22 de la Corte IDH, en la que también reconoció que los sindicatos, las federaciones y confederaciones pueden presentar peticiones individuales ante la CIDH, en casos de violación de los derechos de sus miembros por un Estado parte de la CADH. Ver Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22.

la Corte reflejó los avances conseguidos en los marcos jurídicos internacionales y otros sistemas de protección regionales¹⁰.

En ese mismo caso, la Corte estableció que el derecho de consulta de los pueblos indígenas frente a proyectos de desarrollo que los afectan constituye un principio general de Derecho Internacional. Para llegar a dicha conclusión, la Corte tuvo en cuenta la especial conexión que los pueblos indígenas tienen con su territorio, su identidad cultural y cosmovisión, que deben ser respetadas en todo estado democrático. Asimismo, consideró que este derecho ha sido reconocido por las altas cortes de justicia de numerosos países de la región.

El caso muestra, por tanto, como partiendo de los derechos reconocidos en la DUDH, se han conseguido logros fundamentales en el marco de protección internacional, que reflejan el reconocimiento a los derechos de aquellos colectivos que tienen una cosmovisión diferente o necesitan protección reforzada.

La Declaración Americana provee un catálogo amplio de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Sin embargo, en nuestra experiencia, el progreso en esta materia ha sido lento, reflejo de sociedades marcadas por altísimos niveles de injusticia y desigualdad social¹¹.

A nivel normativo, ello ha llevado al desarrollo de conceptos que reconocen la especial situación de exclusión de ciertos colectivos, como la “discriminación interseccional” que sufren de manera acumulativa algunas personas con base en su género, orientación sexual, edad, condición social o por ser personas portadoras de VIH¹².

¹⁰ Al respecto, la Corte consideró que dichos derechos colectivos están ya reflejados en la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, con base en la DUDH y otros instrumentos internacionales; en las Observaciones Generales 17 y 21 del Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; y de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1986. Ver Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, nota 301.

¹¹ Ver, por ejemplo, CEPAL, Panorama Social de América Latina 2016, disponible en <https://www.cepal.org/es/publicaciones/41598-panorama-social-america-latina-2016>

¹² Ver por ejemplo, Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de

De igual modo, la región ha sido pionera en el desarrollo del concepto de “vida digna”, que desde mediados de la década pasada reconoce el impacto que puede ocasionar en la vida de las personas la vulneración de derechos económicos, sociales o culturales (DESC)¹³.

Asimismo, los órganos de protección regional han ido consolidando jurisprudencia respecto al alcance de los deberes de los Estados en materia de DESC desde una mirada amplia o comprehensiva del derecho a la vida y la integridad, reconociendo que los DESC y los derechos civiles y políticos son indivisibles e interdependientes¹⁴. Más recientemente, la Corte reconoció por primera vez la justiciabilidad de la cláusula de los DESC contenida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en dos casos sobre derechos laborales en Perú¹⁵, y tiene pendiente la resolución de una causa sobre derecho a la salud de personas con VIH en Guatemala que puede ser clave en esta materia¹⁶. Finalmente, en un caso contra Brasil la Corte interpretó el artículo 6 de la CADH, determinando que el mismo prohíbe todas las formas modernas de esclavitud, de manera consistente con los desarrollos en otros sistemas universales y regionales, otor-

2015. Serie C No. 298, párr. 290.

¹³ En el caso del pueblo indígena Yakye Axa, la Corte IDH determinó que los miembros del pueblo vivían en condiciones de miseria extrema, sin acceso a tierras, agua potable, alimentos y otros servicios básicos como educación y salud, por lo que declaró que Paraguay había violado el derecho a la vida digna de los miembros de la comunidad. Ver Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 164 y ss.

¹⁴ Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, párr. 101; Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 290; Caso Duque vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310.

¹⁵ Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, y *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C No. 344.

¹⁶ Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros (personas con VIH) vs. Guatemala (bajo consideración)*.

gando con ello protección a miles de trabajadores esclavos en Brasil y otras personas sometidas a trata y formas modernas de esclavitud en el continente¹⁷.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos creó en 2014 una relatoría especial en materia de DESC, resaltando la importancia que esta área ha tomado en su mandato. De igual modo, ha emitido medidas de protección urgente en casos emblemáticos con marcado impacto en la protección de los DESC¹⁸.

Estos logros no sólo se han dado en el sistema regional, sino que las altas cortes de la región también han generado precedentes claves en materia de DESC¹⁹.

Por tanto, podemos afirmar que en los últimos diez años la región americana ha experimentado un florecimiento normativo en materia de DESC y que el reconocimiento formal de la indivisibilidad de todos los derechos es una realidad en la región. A pesar de ello, la vida de las personas del continente evidencia que queda mucho camino por recorrer, especialmente en materia de implementación efectiva y de adopción de legislación y políticas que permitan el acceso de todas las personas a todos los derechos.

¹⁷ Al analizar el desarrollo histórico de la prohibición de la esclavitud, la Corte partió de la prohibición recogida en el artículo 4 de la DUDH. Ver Corte IDH. Caso de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318.

¹⁸ Por ejemplo, en una decisión reciente, la CIDH ordenó a Honduras garantizar el acceso a agua potable de las comunidades del sector Pajuiles, reconociendo que el acceso al agua es un aspecto inherente al derecho a la salud. Ver CEJIL, “Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ordena proteger comunidades en Pajuiles, Honduras”, 7 de marzo de 2018, disponible en <https://cejil.org/es/cidh-ordena-proteger-comunidades-pajuiles-honduras>; en el año 2016, la CIDH emitió medidas cautelares para proteger la vida e integridad de una niña con discapacidad en Argentina, considerando de manera especial el impacto en su derecho a la educación. Ver CIDH. Medida Cautelar Nr. 376/15, Irene respecto de Argentina, 7 de julio de 2006.

¹⁹ Por ejemplo, siguen siendo emblemáticos a nivel internacional los fallos de altas cortes de la región que garantizan el acceso a tratamiento adecuado para los pacientes con VIH/SIDA. Ver Caso Cruz Bermúdez y otros vs. Ministerio de Sanidad y Asistencia Social. Corte Suprema de Venezuela (1999) y México, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Caso Pabellón 13 (2014).

En definitiva, la universalidad y visión de derechos enunciada en la DUDH ha tenido un rico desarrollo en el continente americano, que a su vez ha generado aportes valiosos al entramado normativo internacional en materia de derechos humanos. A pesar de ello, queda trabajo por hacer para aterrizar el reconocimiento de derechos a la realidad de muchas personas, evitar retrocesos y garantizar que este sistema consolidado pueda adaptarse y responder de manera efectiva a los nuevos fenómenos de violencia estatal y no estatal que vive la región.

Epílogo

Reflexiones sobre la irrelevancia del *ser humano medio* para la transculturalidad neoliberal de la *ciudadanía global*¹

Héctor Olasolo²

1. Quiero comenzar esta breve reflexión dándole las gracias a Carol Proner por la idea de dedicar este segundo volumen de la Colección *Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia* a presentar un heterogéneo mosaico de reflexiones valorativas sobre la Declaración Universal de los Derechos Humanos ('DUDH') en su 70 aniversario (1948-2018). Su iniciativa no cayó en saco roto, y en este momento nos encontramos a punto de completarla gracia a la aportación teórica de Giselle Ricobom y Carlos Villán Durán en la elaboración de las preguntas guía, la coordinación de Charlott Back, las contribuciones de los comprometidos autores que en apenas unas semanas nos enviaron sus textos desde diversos lugares de América Latina y Europa, y el apoyo de la Editorial Tirant lo Blanch, el Instituto Joaquín Herrera Flores ('IJHF'), el Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional ('IIH') y la

¹ La presente contribución hace parte del proyecto de investigación: "Principios de armonización entre la función y alcance de la Justicia Internacional y las demandas surgidas en los procesos políticos de transición" (2017-2018), financiado por el Centro de Gestión del Conocimiento y la Innovación de la Universidad del Rosario y adscrito a la línea de investigación "Crítica al Derecho internacional desde fundamentos filosóficos" del grupo de investigación en Derecho internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Colombia).

² Presidente, Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH, Holanda). Catedrático de Derecho Internacional, Universidad del Rosario (Colombia). Profesor Ad Hoc de la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas (Holanda). Abogado con profundización en Derecho Internacional y Derechos Humanos de la Universidad del Rosario, candidato a Magíster en Estudios Internacionales y Magíster en Derecho Internacional de la Universidad de los Andes (Colombia). Joven Investigador del Grupo de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario.

Asociación Española por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ('AEDIDH').

La colección en la que se recoge la presente obra colectiva se acaba de iniciar en 2018 para publicar los trabajos de la Red de Investigación *Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia* ('la Red'), que desde junio de 2015 coordina el IIH y a la que pertenecen 130 investigadores que desarrollan sus actividades en nueve grupos de trabajo: filosofía, psicología, ciencia y tecnología, economía, justicia nacional, justicia internacional, justicia comunitaria/antropología, justicia trascendente/teología y relaciones internacionales y ciencia política.

Dos son los elementos articuladores de los trabajos de la Red. En primer lugar, el análisis de las distintas perspectivas que desde Ibero-América se presentan sobre la justicia a la luz de: (i) sus fundamentos sociales, políticos, económicos, ético-materiales y espirituales; (ii) las diversas funciones atribuidas a la justicia; (iii) los intereses satisfechos e insatisfechos por las mismas; (iv) el alcance y limitaciones de sus mecanismos e instituciones; y (v) su interrelación (complementaria, alternativa o antagonica).

En segundo lugar, el énfasis en la manera en que el *ser humano medio* experimenta las distintas aproximaciones a la justicia, lo que requiere elaborar este último paradigma dejando a un lado: (i) las categorías sociológicas de clases alta, media y baja (ampliamente deformadas por los Estados como lo muestra, a título de ejemplo, el caso de Argentina donde según su instituto nacional de estadística ('INDEC') todas aquellas personas que ganan por encima del salario mínimo pasarían automáticamente a formar parte de la clase media); y (ii) los conceptos económicos de pobreza, extrema pobreza y desigualdad (que hacen que los distintos análisis se enfoquen casi exclusivamente en aquella parte de la población que se encuentra en los extremos superior e inferior de la escala de ingresos).

En consecuencia, uno de los fines principales de la Red es entender las condiciones materiales y espirituales en las que, dentro de nuestras sociedades iberoamericanas, se desarrolla la vida de aquel 60% de la población comprendido entre los deciles 3 y 8 de la escala de ingreso. Para ello es necesario tener en cuenta que una primera mirada a las mismas nos ofrece un panorama de convergencia muy superior a lo

que ciertas divisiones artificiales de este segmento de población nos han hecho tradicionalmente suponer.

2. Escuchamos con frecuencia decir que, ya sea por vía convencional (más de 200 tratados internacionales conforman en la actualidad el código internacional de los derechos humanos, desarrollado a partir de la DUDH, los pactos internacionales de 1966 para los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, y sus respectivos protocolos), ya sea por vía de la costumbre internacional o de los principios generales del derecho, el contenido de la DUDH forma parte en su conjunto del actual Derecho internacional. De esta manera, los derechos recogidos en sus disposiciones tendrían un carácter vinculante, habiendo llegado incluso a adquirir algunos de ellos la naturaleza de derecho imperativo.

Si bien estas afirmaciones se corresponden en buena medida con la realidad, no es menos cierto que en algunos aspectos no son del todo precisas. Para ello, basta con observar las diversas interpelaciones al presunto consenso universal sobre el contenido de la DUDH realizado desde ciertas disposiciones de la “Declaración Universal de los Derechos Humanos en el islam” (‘DUDHI’) —que fue aprobada por unanimidad en 1990 con motivo la decimonovena reunión de ministros de asuntos exteriores de la Organización de la Conferencia Islámica, a la que actualmente pertenecen 57 Estados con una población cercana a los 2.000 millones de personas.

Según su preámbulo, la DUDHI tiene como objetivo “proveer[á] las pertinentes orientaciones generales para los Estados miembros en el ámbito de los derechos humanos”, estableciendo su art. 24 que “[t]odos los derechos y los deberes estipulados en la Declaración están sujetos a los preceptos de la Sharía islámica”. Es por ello que en su art. 5 no se prohíbe a los Estados la imposición de restricciones al matrimonio por razón de religión, porque, según la Sharía, la mujer musulmana no tiene derecho a casarse con un no musulmán. Del mismo modo, la DUDHI tampoco recoge el derecho a cambiar de religión o de creencia (reconocido expresamente en el art. 18 de la DUDH), puesto que “el Islam es la religión indiscutible” (art. 10 de la DUDHI) y la Sharía considera la apostasía del Islam como uno de los crímenes más graves. Estos ejemplos sirven como botón de muestra para reflejar como, desde la perspectiva del Islam, algunos de los de-

rechos enunciados en la DUDH son en realidad fruto de la capacidad política y económica que ha tenido Occidente para imponerlos en el seno de la sociedad internacional (Samir, 2003).

Lo anterior nos ilustra de los riesgos de abordar la promoción y protección de los derechos humanos sin estar ‘situado’ en un contexto determinado, pues ello significa renunciar de antemano al análisis de las posibles controversias sobre ciertos aspectos de su reconocimiento y al debate sobre el grado en que dicho reconocimiento se traduce, en última instancia, en disfrute efectivo. Este es, sin duda, uno de los principales problemas que observamos en muchos de los análisis que sobre el impacto de la DUDH se están realizando con motivo de su 70 aniversario.

Para evitar esta situación, que nos llevaría a un discurso tecnocrático alejado del ser humano *de carne y hueso* (Herrerías Flores, 2000), conviene dejar claro desde un principio que las siguientes reflexiones se realizan desde la posición del *ser humano medio*, al que la Red coordinada desde el IIH dedica sus esfuerzos, y que la ironía del inolvidable Cantinflas en la película ‘Su Excelencia’ (1967) nos ubica en la *República de los Pocos*, caracterizada por no tener “poderío militar, ni político, ni económico, ni mucho menos atómico”.

En consecuencia, cerca de un siglo después de la aprobación de la DUDH, y una vez que los sistemas universal y regionales de protección de los derechos humanos han tenido varias décadas para consolidarse y mostrar el grado de eficacia de su actuación (cuestión que analizaremos en profundidad en una próxima obra colectiva sobre el alcance y los límites de la justicia internacional), nos proponemos en las páginas siguientes problematizar sobre el nivel de satisfacción de los derechos del *ser humano medio* —con particular atención a sus derechos económicos, sociales y culturales (‘derechos DESC’)—, a la luz de la transculturalidad neoliberal de la *ciudadanía global* que desde la caída del *Muro de Berlín* (1989) ha sido el auténtico motor de la construcción económica, socio-política y cultural de lo que se ha venido en denominar la *aldea mundial*.

3. Durante los últimos dos años y medio, hemos tratado de encontrar estadísticas desagregadas de instituciones nacionales e internacionales que analicen la situación del *ser humano medio* en países tan diversos como Argentina, Colombia, Corea del Sur, España, India,

México o Sudáfrica (por poner sólo algunos ejemplos) en relación con el nivel de satisfacción de los derechos DESC. Para ello, hemos prestado particular atención, entre otros aspectos, al nivel de ingreso mensual, el nivel de educación formalizada y no formalizada, el nivel de empleo formalizado y no formalizado (así como sus condiciones), los hábitos alimentarios, las condiciones de acceso a la vivienda, la salud, el transporte y la educación primaria, secundaria y superior, el tiempo disponible para el ocio después del trabajo, el nivel de acceso a prestaciones por desempleo y a una pensión digna al finalizar la vida laboral, y el porcentaje del ingreso mensual utilizado para la obtención de la canasta alimentaria básica y para la satisfacción del resto de derechos fundamentales arriba mencionados.

Sorprendentemente, a pesar de nuestra búsqueda, prácticamente todo lo que hemos encontrado son estadísticas agregadas —tales como, por ejemplo, que el 53% de los 7.350 millones de personas que vivían en el mundo en 2014 disponían, según el Banco Mundial, de un ingreso mensual medio de 3 dólares o menos (cantidad que en el pasado equivalía al umbral de pobreza cuando éste era construido sobre la base del ingreso mensual medio)—, lo que al menos nos ha permitido entender algunos de los factores que parecen explicar el por qué aquellas jurisdicciones nacionales que ofrecen recursos judiciales accesibles y a bajo costo contra las violaciones de derechos fundamentales se encuentran, en gran medida, colapsadas (como lo muestra el hecho de que en Colombia se interpusieran sólo en 2016 más de 700.000 acciones de tutela, de las que la Corte Constitucional terminó asumiendo alrededor de 700).

Pero, ¿por qué resulta tan difícil encontrar estadísticas desagregadas por decil de población? A primera vista (una primera impresión es todo lo que podemos ofrecer en este momento dado el carácter incipiente del estudio), pareciera como si para nuestras sociedades el *ser humano medio* fuera *invisible*, y su situación *irrelevante*, porque todos los esfuerzos se dirigen a analizar las medias agregadas, establecer las condiciones de los umbrales de pobreza y extrema pobreza, y cuantificar qué parte de la población se encuentra bajo los mismos (no es infrecuente que los Estados midan los índices de pobreza utilizando los parámetros con los que define la extrema pobreza con el fin de mostrar artificialmente una reducción muy significativa del porcentaje de población que se encuentra en situación de pobreza).

Además, nos hemos encontrado con que una parte de las estadísticas nacionales, que se transmiten a los organismos internacionales para que desarrollen sus labores de fiscalización del grado de cumplimiento de los 'derechos DESC', se realizan sobre la base de datos obtenidos en los principales centros urbanos, dejando las zonas rurales y las áreas metropolitanas de pequeño o mediano tamaño al margen completamente de este proceso.

En consecuencia, nos preguntamos cuáles son las razones por las que se genera esta situación y cómo es posible que los organismos internacionales puedan realizar en estas condiciones los informes sobre el grado de cumplimiento de los distintos Estados con sus compromisos en materia de derechos DESC.

4. A pesar de no estar en posición de ofrecer una respuesta definitiva a estas preguntas, una primera aproximación lleva a pensar que las mismas se encuentran íntimamente relacionadas con el sistema de desarrollo 'glocal' (global-local) que ha caracterizado el nuevo tipo de globalización que hemos observado en las tres últimas décadas. Este modelo consiste en un sistema de redes que conecta ciertas áreas de aquellas 'localidades' desde donde se gestiona el capital financiero acumulado (su alta rentabilidad se extrae con frecuencia de otros lugares) y en las que se han desarrollado grandes proyectos de 'desarrollo urbanístico'. Su principal consecuencia es dejar desconectadas, o en el mejor de los casos permitir una conexión subordinada, al resto de zonas rurales y urbanas del planeta.

En las áreas conectadas del sistema reside la llamada *ciudadanía global*, que determina las decisiones adoptadas en el ámbito de las corporaciones transnacionales, las organizaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales transnacionales y los Estados. Dichas áreas acogen también a los principales conglomerados nacionales e internacionales de comunicación, así como a la auto-denominada *vanguardia* intelectual, cultural y científica del momento. Salvo por crisis humanitarias, accidentes naturales, eventos deportivos o particularismos que sirven de entretenimiento, la información que ofrecen los medios se concentra en lo que sucede en las áreas conectadas y en lo que dicen y hacen quienes forman parte de las mismas.

Salvando las distancias, es como si en las clases de geografía impartidas en la educación secundaria se utilizara con plena conciencia

e intencionalidad un mapa que fuera manifiestamente contrario a las auténticas dimensiones geográficas de los diversos continentes porque su principal finalidad es reflejar el peso socio-económico de sus creadores (desafortunadamente, esta situación no es meramente hipotética, porque nuestros centros educativos siguen enseñando el *mapa Mercator*, que sobredimensiona Europa y Norteamérica, dejando en el olvido el *mapa de Peters*, que da buena cuenta de la sub-representación de las proporciones geográficas de África y Sudamérica).

Resultado de lo anterior es que quienes no forman parte de la *ciudadanía global*, simplemente, no son relevantes; como tampoco lo son las estadísticas desagregadas que nos den a entender cómo vive el *ser humano medio* en las zonas desconectadas, con el fin de poder evaluar si los compromisos en materia de derechos DESC están siendo realmente cumplidos por los Estados. En consecuencia, no se invierten los recursos para realizarlas.

De esta manera, a nadie puede extrañar que cuando en la parte final de su presentación como representante de la *República de los Pocos*, Cantinflas reconoce que ha presentado su dimisión la noche anterior, y se ha convertido de esta manera en un ‘hombre común’, se ponga de manifiesto su palpable soledad en un foro lleno de *ciudadanos globales*, que tras los caprichosos aplausos con los que reciben el contenido de su *extravagante* discurso apelando a la ‘buena voluntad’ y denunciando la codicia desmedida, continúan su *parafernalia* como si nada hubiese sucedido.

5. Es la perspectiva de la *ciudadanía global* la que nos permite esclarecer la cuestión relativa a la apropiación por la racionalidad neoliberal del discurso ambivalente de los derechos humanos.

Lo primero que observamos es que la racionalidad neoliberal constituye en la actualidad el epicentro de la racionalidad que impulsa el quehacer de la *ciudadanía global*. Finalizada la confrontación de bloques que caracterizó a la Guerra Fría, los centros de poder económico, político y militar que desde principios de la década de 1970 evitaron la extensión a escala global del neoliberalismo, lo han asumido hoy con los brazos abiertos, al punto de contarse en la actualidad entre sus principales valedores. Ante esta situación a nadie puede extrañar que la *ciudadanía global*, que, salvo contadas excepciones, comparte un mismo modelo de desarrollo económico y tiene la capacidad de

establecer la agenda socio-política, las tendencias culturales y la cobertura mediática, haya acogido primero, y reconfigurado después, el discurso de los derechos humanos para garantizar la satisfacción de sus propios intereses.

Fruto de esta situación, se han generado toda una serie de transformaciones en el Derecho internacional, comenzando por la extensión del ámbito de los sujetos objeto de protección por el Derecho internacional de los derechos humanos ('DIDH') a las personas jurídicas.

Así mismo, al tiempo que, después de las dos Convenciones Mundiales sobre los Derechos Humanos de Teherán (1968) y Viena (1993), parecía haberse fortalecido el concepto de interdependencia, indivisibilidad e interrelación de todos derechos reconocidos en la DUDH (es difícil vislumbrar de qué manera los mil doscientos millones de personas que sufren actualmente hambre crónica o no tienen acceso al agua, pueden ejercitar de manera efectiva sus derechos de libertad de expresión, libertad de asociación o participación política; situación que nos tememos también se extiende a los varios miles de millones de personas que no disponen de una vivienda digna, no tienen la oportunidad de ser tratados en un centro de salud, no pueden ausentarse del puesto de trabajo por enfermedad o no pueden disfrutar del 'lujo' de una pensión de jubilación que no sea inferior al salario mínimo interprofesional), se ha promovido la creación de todo un sistema de regímenes fragmentados de Derecho internacional.

Como resultado de esta fragmentación, se ha dotado de autonomía propia a un Derecho internacional económico que ofrece garantías quasi-absolutas a la inversión internacional y la propiedad intelectual, y sustituye los foros judiciales convencionales para la resolución de controversias entre inversionistas extranjeros y Estados por tribunales arbitrales ante instituciones con una clara vocación de protección a los primeros. Estos tribunales aplican el Derecho internacional económico sin tomar en consideración las graves afectaciones a los derechos humanos (en particular a los derechos DESC, a los derechos de los pueblos indígenas y al derecho colectivo al medio-ambiente) que su aplicación genera en los seres humanos, las comunidades y los pueblos a lo largo y ancho del planeta. Basta leer con detenimiento las sentencias arbitrales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) o de las Cámaras de Comercio de

París o Londres, para percatarse que tales afectaciones son a lo sumo consideradas como meras *externalidades*.

Finalmente, cuando ciertas situaciones alcanzan tales proporciones que no pueden continuar siendo tratadas como *externalidades*, la *ciudadanía global* ha logrado que dichas cuestiones sean abordadas a través de directrices no vinculantes, entre las cuales se pueden mencionar los Principios de Actuación de las Actividades Empresariales del *Global Compact* de las Naciones Unidas (2000), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), el Documento de *Montreaux* sobre las Empresas Militares y de Seguridad Privadas (2011), los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas Transnacionales y los Derechos Humanos (2011), las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (2011), los Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2011), la Declaración de Nueva York sobre los Refugiados y los Migrantes (2016) y la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo (2017).

Tan importante ha sido la presión para abordar estas cuestiones a través de directrices no vinculantes, que se ha llegado a desnaturalizar el propio concepto de norma jurídica en el Derecho internacional. Con ello se ha buscado legitimar la calificación de este tipo de directrices mediante el uso de la *etiqueta* ‘norma jurídica internacional’ de *soft law*.

6. La cuestión de la multi/inter/trans-culturalidad del fundamento de los derechos humanos ha de abordarse a su vez desde la comprensión de la trans-culturalidad de la que hemos denominado *ciudadanía global*. Habiéndose educado en los mismos lugares e interactuando constantemente, sus integrantes comparten una serie de valores y formas de actuación, que hace que se sientan mucho más cercanos entre sí que con respecto al resto de sus connacionales (esto es particularmente cierto para aquel pequeño grupo de personas que, conformando el 1% de la población mundial con mayores recursos, aglutinan más de la mitad de la riqueza del planeta).

Esto significa en última instancia que, por mucho que algunos se empeñen en tratar de convencernos del ‘multiculturalismo’ de la

sociedad brasileña, lo cierto es que los integrantes de la élite socio-económica de este país tienen mucho más en común con quienes se encuentran en su misma posición en Estados Unidos, India o Rusia, que con el *ser humano medio* de Brasil. De ahí que podamos afirmar la existencia entre la *ciudadanía global* de una aproximación transcultural, de raíz neoliberal, al fundamento y contenido de los derechos humanos, y a la función que los mismos han de jugar en la organización política y el desarrollo socio-económico de la actual sociedad globalizada.

Esta trasnculturalidad neoliberal se manifiesta en los distintos ámbitos del poder económico, político y social de las sociedades nacionales. Además, en el marco de la sociedad internacional no muestra ningún reparo en recurrir a la fuerza armada para terminar de ‘ajustar’ la realidad a sus intereses en nombre de la asistencia humanitaria, los derechos humanos y el fomento de la paz (Bricmont, 2008). Los casos de Serbia (1999) y Libia (2011) constituyen dos ejemplos paradigmáticos de este fenómeno, por tratarse de intervenciones armadas que no fueron inicialmente justificadas con base en la denominada ‘guerra contra el terrorismo’ yihadista global (Afganistán, 2001) o en la presunta existencia de unas armas de destrucción masiva que el tiempo demostró que sólo existían en las mentes de quienes promovieron la intervención (Irak, 2003). De esta manera, la transculturalidad neoliberal no tiene ningún reparo en legitimar acciones cada vez más agresivas, lo que ha sido recientemente calificado por Jorge Bergoglio (30/03/2018) como *la pérdida de todo sentimiento de vergüenza por haber perdido la vergüenza*

7. Frente a la transculturalidad neoliberal sólo parecen situarse complejas iniciativas de diálogo intercultural e interreligioso entre los respectivos *seres humanos medios* de las distintas comunidades, pueblos y Estados. Sin embargo, los desafíos que enfrentan este tipo de iniciativas son múltiples.

Con respecto al desarrollo del diálogo intercultural, el Foro Social Mundial iniciado en 2001 en Porto Alegre ha puesto de relieve que los obstáculos aparecen desde el mismo momento en que se constata la necesidad de fomentar la capacidad de comprensión de las premisas sobre las que se construye el pensamiento del otro, con el fin de facilitar el entendimiento del respectivo fundamento de los derechos

humanos, tal y como es expresado, en sus propios términos, por la alteridad. Solo a partir de aquí, y con base en el pleno respeto al contenido de los distintos fundamentos, parece posible desarrollar iniciativas que permitan su realización conjunta (De Sousa, 2004; Aguiló, 2008).

En cuanto al diálogo interreligioso, sirva como ejemplo de sus muchas dificultades los limitados frutos que hasta el momento han generado las décadas de *conversación* entre el cristianismo católico (con cerca de 1.300 millones de creyentes) y el Islam (que supera ya los 1.500 millones). A pesar de haber las varias décadas transcurridas desde que el Concilio Vaticano II promoviese dicho diálogo, lo más que desde una perspectiva cristiano-católica se ha logrado avanzar es reconocer que ciertos contenidos del Corán y de la vida en el Islam nos remiten a la Palabra de Dios recibida en Cristo. No ha sido, sin embargo, posible hasta el momento dar un paso adicional para reconocer que el Corán contiene una Palabra de Dios propia cuya autenticidad no depende de su correspondencia con la Palabra de Dios tal y como ha sido revelada al cristianismo-católico (Caspar, 1995).

8. Mientras los procesos de diálogo intercultural e interreligioso siguen su curso con sus avances y retrocesos, lo cierto es que, a diferencia de épocas anteriores, el tiempo comienza a pasar factura de manera inexorable.

Así, hace ya casi una década, Martin Rees (ex presidente de la Universidad de Cambridge y de la Academia Real de las Ciencias del Reino Unido) afirmaba en el programa *Redes* (2008), dirigido por Eduardo Punset en la televisión pública española, que las probabilidades de que el ser humano pudiera continuar habitando la Tierra al finalizar el siglo XXI eran, en su opinión, de un 50%. Entre las múltiples circunstancias que mencionaba para sustentar su opinión, cabe mencionar las siguientes a título de ejemplo:

- (i) Los riesgos ocasionados por las explosiones “controladas” que tienen lugar en los aceleradores de partículas sub-atómicas (con un tamaño de hasta 27 kilómetros de largo), en el intento de reproducir la explosión originaria que pudo haber dado lugar al Universo;
- (ii) La pérdida de biodiversidad en un mundo del que desaparecen alrededor de 40.000 especies de seres vivos al año (un

ritmo mil veces superior al de la era pre-industrial), incluyendo aquellas especies de insectos que cumplen la función de polinización de la flores;

- (iii) El incremento en la concentración de dióxido de carbono en la atmósfera por la emisión de gases contaminantes de efecto invernadero (en la actualidad el dióxido de carbono constituye en torno al 0.04% de la atmósfera, equivalente a 400 partes por millón, habiéndose superado el límite del 0.035% que según los científicos evitaría que la temperatura del Planeta se incrementase por encima de los 2 grados a finales del siglo XXI);
- (iv) La crisis social generada por la progresiva concentración de riqueza en un pequeño sector de la población al que hemos denominado *ciudadanía global* (en particular, en el 1% de su población que como hemos visto posee más del 50% de la riqueza del Planeta), con el consiguiente empobrecimiento del *ser humano medio* y el agudizamiento de la pobreza extrema y la hambruna crónica en la que se encuentra la mayor parte del 20% de la población que sobrevive en unas condiciones de vida más precarias.
- (v) El continuo desarrollo de armamento nuclear (mientras la nueva administración norteamericana hace todo lo posible por desestabilizar el acuerdo alcanzado en julio de 2015 entre Irán y los miembros permanentes del Consejo de Seguridad (más Alemania) en relación con el programa nuclear iraní, el desarrollo de tecnología para fabricar misiles balísticos con cabezas nucleares de largo alcance ha vuelto a llevar a su máxima expresión las tensiones entre Corea del Norte y Estados Unidos, con su impacto inmediato sobre Corea del Sur, Japón y China);
- (vi) La proliferación de armas biológicas y químicas, que pueden desarrollarse en laboratorios móviles aptos para instalarse en el espacio equivalente a una pequeña habitación (el conflicto en Siria ha puesto de nuevo el foco de atención mundial en la utilización de este tipo de armamento);

En 2017 (apenas unos meses antes de su reciente fallecimiento), el físico Steven Hawking consideraba *injustificadamente optimista* el

diagnóstico de Martin Rees, y afirmaba que se ha superado el momento en que todavía era posible adoptar las medidas necesarias para evitar que el ser humano deje de seguir habitando la Tierra a lo largo del siglo XXI.

9. Con independencia de que estas predicciones se acaben o no ajustando a la realidad, lo cierto es que la trans-culturalidad neoliberal de la *ciudadanía global* continúa actuando en la práctica como si las amenazas descritas por Rees y Hawking no existieran. Así, a pesar de que la imprudencia temeraria, por no hablar de *dolo*, en la que incurrió la gran banca de inversiones asumiendo altísimos niveles de riesgo en productos financieros derivados, generó a partir de 2008 la tercera mayor crisis de la era capitalista (con altísimos costes sociales en países como Grecia, Irlanda o España), no ha sido posible establecer regulación alguna de las transacciones financieras internacionales, y eso a pesar de que numerosas entidades bancarias tuvieron que ser *rescatadas* con fondos públicos nunca recuperados, agravando así los recortes en las políticas sociales.

Más llamativa si cabe es la situación en relación con la emisión de gases contaminantes de efecto invernadero. Así, en septiembre de 2015, apenas dos meses antes del inicio de la Conferencia Internacional sobre el Cambio Climático de París, salió a la luz pública que Volkswagen había trucado sistemáticamente durante años los mecanismos de medición de los niveles de contaminación de los motores diesel en millones de vehículos. En los años siguientes se ha podido conocer que esta práctica era habitual en la industria automotriz transnacional, como lo muestran los casos de Honda, Mazda, Mercedes-Benz, Mitsubishi, Renault-Citroen o BMW, por poner solo algunos ejemplos. Así mismo, en 2018 se conoció que muchos de los vehículos afectados en países como Alemania por este escándalo, están siendo vendidos sin haber rebajado sustancialmente su nivel de emisiones a países como Rumanía donde la legislación es mucho más laxa a este respecto.

Simultáneamente, comienzan a aparecer toda una serie de informes que indican que desde comienzos de la década de 1960 las transnacionales energéticas vienen realizando ajustes en el diseño de las plantas de extracción situadas en lugares particularmente sensibles al Cambio Climático para responder a un fenómeno del que ya te-

nían conocimiento desde entonces, y que han negado sistemáticamente hasta nuestros días. Sin embargo, el Fiscal General del Estado ha bloqueado toda investigación contra compañías como Exxon Mobile por ocultar dicha información, en consonancia con la estrategia de negación pública del Cambio Climática desplegada por el actual presidente de los Estados Unidos y por el director de su Agencia de Protección Medioambiental. Además, por si esto fuera poco, se acaba de reconocer ante la opinión pública norteamericana que el Comité Nacional del Partido Demócrata intervino de manera deliberada en las primarias del partido para evitar que el único candidato que recogía en su programa la adopción de medidas específicamente diseñadas para abordar de manera comprehensiva el fenómeno de la emisión de gases contaminantes pudiera tener ninguna oportunidad para llegar a la presidencia y ponerlas en práctica.

Mientras asistimos como espectadores a este *espectáculo esperpéntico*, nos encontramos que el propio Tratado de París sobre el Cambio Climático (2015), denunciado por los EE.UU en junio de 2017, evita el establecimiento de objetivos vinculantes de reducción de gases de efecto invernadero, atribuyendo a los distintos Estados Partes la facultad para determinar los objetivos que cada uno considere oportunos. Resultado de lo anterior, los gobiernos de los Estados Partes han asumido voluntariamente en los dos últimos años objetivos de reducción de emisiones tan limitados, que incluso en el caso de que llegaran a cumplirse, nos situarían en una franja de 3 a 6 grados de incremento de temperatura para finales del siglo XXI. Y todo esto mientras el Ártico se deshíela a un ritmo vertiginoso, las aguas incrementan su nivel de manera nunca antes observada (amenazando en el corto plazo con la desaparición de comunidades, e incluso Estados, isleños) y los accidentes naturales relacionados con el Cambio Climático se multiplican por todo el planeta dejando cada año decenas de miles de muertos.

La Tierra gime, el *ser humano medio* sufre, pero para una *ciudadanía global* acostumbrada a encontrar oportunidades de negocio en las tragedias humanas poco importa este dolor, como lo demuestra la actitud de los gobiernos de Canadá, China, Rusia, EE.UU y algunos de los países escandinavos, y sus respectivas transnacionales, al afrontar el *imparable* deshielo del Ártico mediante el análisis de la forma de extraer sus minerales de la manera más rentable posible.

10. Ante esta situación, es inevitable preguntarse sobre la respuesta que ofrecen los organismos universales y regionales de promoción y protección de los derechos humanos. Somos conscientes que en estas líneas no es posible realizar una valoración detallada de conjunto de su actividad. También somos entendemos que los mecanismos de quejas individuales constituyen sólo uno de sus varios ámbitos de actuación, y que normalmente es uno de los menos desarrollados debido a los numerosos obstáculos que enfrentan. Sin embargo, no es menos cierto, que 70 años después de la aprobación de la DUDH, su limitada eficacia causa, cuando menos, *perplejidad*. Veamos rápidamente algunos ejemplos.

Comenzamos nuestra breve exposición por el mecanismo de quejas individuales del Comité de la Convención contra todas las formas de Discriminación contra la Mujer, el cual ha dictado algo menos de 2 decisiones de fondo anuales durante el periodo 2004-2017 para un total de 23. Una situación similar encontramos con respecto al mecanismo de quejas individuales ante el Comité de los Derechos DESC, puesto que en los cinco años que lleva en vigor ha dictado 9 decisiones de fondo, la mitad de las cuales se han pronunciado contra España, que en los últimos diez años casi ha duplicado el número de personas bajo el umbral de pobreza, llegando en la actualidad a superar los 10 millones.

A diferencia de los dos casos anteriores, el mecanismo de quejas individuales ante el Comité contra la Tortura se encuentra en vigor desde hace ya cuarenta años (1987), durante los cuales se han presentado 749 quejas individuales relativas a 36 Estados Parte, de las que 294 han sido objeto de decisión de fondo (algo más de 7 al año), con un total de 119 condenas (3 de media anual). Esta situación llama particularmente la atención al ser la tortura una práctica ampliamente extendida en la actual sociedad internacional, como lo demuestra el informe aprobado el 13 de diciembre de 2012 por el Comité de Inteligencia del Senado de los Estados Unidos en el que se reconoce la práctica sistemática de la tortura como parte del programa de detención e interrogatorio puesto en marcha por la CIA durante la administración Bush a raíz de los atentados del 11 de septiembre de 2001 (lo que, sin embargo, no ha generado ningún tipo de procedimiento para dilucidar las responsabilidades penales derivadas de su aplicación).

En consecuencia, dentro del sistema universal, tan solo el procedimiento de quejas individuales ante el Comité de Derechos Humanos, con sus varios cientos de decisiones de fondo al año sobre presuntas violaciones a los derechos recogidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, parece ofrecer, a pesar del carácter no vinculante de sus decisiones, un mínimo nivel de protección.

En relación con los 47 Estados Partes de la Convención Europea para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que a pesar de contar con más de 50.000 casos pendientes, dicta en torno a mil decisiones de fondo anuales en relación con presuntas violaciones de los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención (el TIDH no tiene, sin embargo, competencia directa sobre los derechos económicos, sociales y culturales recogidos en la Carta Social Europea).

Por su parte, mientras la Corte Africana de Derechos Humanos (2008) ha resuelto en torno a una treintena de casos en sus 10 años de funcionamiento (habiéndose declarado la falta de jurisdicción en al menos dos tercios de los mismos), la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos, cuyas decisiones se han caracterizado por ser particularmente incisivas con los Estados (a diferencia del amplio, con frecuencia excesivo, margen de apreciación otorgado por el TEDH), dicta entre 15 y 20 de decisiones de fondo anuales en casos que, por lo general, requieren largos años de tramitación desde que son presentados ante la Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos.

De esta manera, más que ofrecer una auténtica protección a las víctimas de las incontables violaciones de derechos humanos que se producen cada año, los procedimientos de quejas individuales ante los diversos organismos del sistema universal y las actuaciones de los tribunales regionales tratan de ofrecer, con grandes limitaciones, una protección simbólica dirigida a generar dinámicas de cambio en la actuación de los Estados.

Ante esta situación, y dado el desbordamiento en que se encuentran aquellas jurisdicciones nacionales que, como Colombia, ofrecen recursos judiciales accesibles y a bajo costo contra las violaciones de derechos fundamentales, algunos autores hacen énfasis en la necesidad de promover la justicia comunitaria para abordar la cotidiana

violación de derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales.

Sin embargo, no es menos ciertos que extensas áreas de los núcleos urbanos y las zonas rurales de numerosos países ibero-americanos (Brasil, Colombia, El Salvador o México son tan sólo algunos ejemplos) se encuentran bajo la influencia, y con frecuencia el control de hecho, de grupos de la criminalidad organizada, que, ante la ausencia de trabajo formalizado, se han convertido en una importante fuente de *empleo* en las zonas en las que actúan. Surge entonces la pregunta sobre la forma de operar de la justicia comunitaria en aquellas áreas bajo la influencia y/o control de grupos armados organizados al margen de la Ley. Resulta, sin embargo, difícil ofrecer una contestación porque los estudios que tenemos hasta la fecha se limitan a áreas muy concretas, como algunas favelas de Río de Janeiro, ciertas colonias de los núcleos urbanos del norte de México y algunos cantones de San Salvador.

11. La clave de la aparente tranquilidad que muestra la transculturalidad neoliberal de la *ciudadanía global* se encuentra en su plena confianza en la ciencia. Así, al tiempo que continúa haciendo *business as usual*, invierte ingentes recursos en el desarrollo de la tecnología necesaria para llegar a cabo una doble operación. Por un lado, la introducción a gran escala de robots que desarrollen con mayor precisión, celeridad y eficacia las funciones que hasta ahora venía realizando el *ser humano medio*. Por otro lado, la ocupación de terceros Planetas donde eventualmente pueda continuar su existencia la *ciudadanía global*, con los robots creados por la misma, y sin que haya necesidad alguna de embarcar en este viaje a la ‘pesada carga’ que constituyen los miles de millones de personas que representan al *ser humano medio*. No se trata de delirios de ciencia ficción, sino de la auténtica apuesta científica de la transculturalidad neoliberal para el siglo XXI, una vez que ha llegado a la conclusión de que la mejor manera de resolver a medio plazo los graves problemas ocasionados por una Tierra que gime y un *ser humano medio* que sufre, es limitar en la mayor medida posible la función desempeñada por los mismos.

Frente a esta apuesta, el diálogo interreligioso como alterativa para abordar estos problemas sitúa también al exterior del ser humano la condición de posibilidad para que los obstáculos que hasta ahora han

impedido su pleno desarrollo puedan ser finalmente superados. Así, si diversas religiones han recibido relevaciones y experiencias parciales de Dios, parece natural que a través de un encuentro de acogida entre las mismas pudieran mutuamente enriquecerse. Sin embargo, su persistencia en identificar el Todo con los aspectos concretos que les han sido revelados, unido a los continuos apegos materiales al poder, la riqueza, el prestigio y el conocimiento que siguen caracterizándolas, hacen que resulte prácticamente imposible, desde una perspectiva humana, que puedan llegar a tener un encuentro de esa naturaleza. En consecuencia, siendo los caminos de Dios insondables para los seres humanos, es en el terreno de la gracia y del *incomprensible* amor de Dios hacia estos últimos, donde en última instancia reside la condición de posibilidad de un auténtico diálogo interreligioso que permita afrontar los múltiples desafíos de nuestro tiempo (Pikaza, 2004).

Resulta particularmente significativo que tanto la apuesta científica de la transculturalidad neoliberal de la *ciudadanía global*, como el proyecto de diálogo interreligioso, coincidan en la externalidad al ser humano (medio) como elemento central de sus respectivas propuestas. Pareciera como si, después de varios siglos, ciencia y religión hubiesen encontrado finalmente un pilar en común: el futuro no se encuentra en los seres humanos, sino al exterior de los mismos.

Ante esta inesperada situación, el movimiento humanista que se encuentra en la base del desarrollo de los derechos humanos, y el diálogo intercultural secular sobre sus fundamentos, no pueden permanecer en silencio, pues está en juego su propia existencia. Por ello, el 70 aniversario de la DUDH se presenta como una excelente oportunidad para dejar en un segundo plano las celebraciones de los hitos del pasado y sumergirse en la articulación de una propuesta de futuro

Anexo

Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho Humano a la Paz

Asociación Española por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
(AEDIDH)

La Asamblea General,

Guiada por los propósitos y principios de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas y por el compromiso de los Estados Miembros a promover la paz, los derechos humanos y el desarrollo,

Reconociendo que los fundamentos jurídicos del derecho humano a la paz están formulados en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, en las resoluciones del Consejo de Seguridad, la Asamblea General, el ECOSOC y el Consejo de Derechos Humanos, en las Constituciones de los organismos especializados (UNESCO, OIT, FAO y OMS), así como en los tratados internacionales incluidos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

Reconociendo también que el derecho a la paz es parte de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981) y de su Protocolo sobre los Derechos de las Mujeres en África (2003); de la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes (2005); y de la Declaración de Derechos Humanos de la ASEAN (2012),

Reconociendo que los fundamentos jurídicos del derecho humano a la paz están reforzados por otros documentos e instrumentos universales, incluidas la Declaración y el Programa de Acción de Viena, la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, la Declaración del Milenio (2000), el Documento Final de la Cumbre Mundial (2005) y los Objetivos de Desarrollo Sostenible para el 2030 (2015),

Teniendo en cuenta que los elementos constitutivos del derecho humano a la paz se encuentran ya contenidos en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y son justiciables bajo los procedi-

mientos de los Protocolos Facultativos del PIDCP y del PIDESC, entre otros el derecho a la vida, la libertad, la integridad y la seguridad de las personas, el derecho a la libertad de expresión y a la reunión y asociación pacífica, el derecho a un nivel de vida adecuado incluyendo alimentación, agua potable, saneamiento, vestido y vivienda y a la mejora continua de las condiciones de vida, así como los derechos a la salud, la educación, la seguridad social y la cultura,

Apoyando la Declaración de la Asamblea General sobre la preparación de las sociedades para vivir en paz (1978), la Declaración sobre el derecho de los pueblos a la paz (1984), la Declaración y programa de acción sobre una cultura de paz (1999), y la celebración del Día Internacional de la Paz el 21 de septiembre de cada año,

Haciendo un llamamiento a la implementación proactiva de la resolución 2625 de la Asamblea General, que contiene la Declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y de cooperación entre los Estados de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas (1970),

Destacando la obligación de todos los Estados Miembros de negociar y resolver sus controversias por medios pacíficos (Carta de las Naciones Unidas art. 2.3) y de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado (art. 2.4),

Recordando el compromiso con el desarme nuclear conforme al Artículo 6 del Tratado de no proliferación de armas nucleares; recordando también el Tratado sobre el comercio de armas (2013) y apoyando el trabajo de la Conferencia de Desarme con el espíritu de promover el desarrollo a través del desarme y la redistribución de los recursos,

Celebrando que la Conferencia de las Naciones Unidas haya adoptado el 7 de julio de 2017 el Tratado sobre la prohibición de armas nucleares, que prohíbe a los Estados desarrollar, ensayar, producir y poseer armas nucleares, así como el uso o la amenaza de utilización de tales armas,

Considerando que toda institución militar o de seguridad debe estar plenamente subordinada al estado de derecho,

Preocupada por la impunidad de los mercenarios y empresas privadas militares y de seguridad, así como por la atribución al sector privado de funciones de seguridad que son propias del Estado,

Consciente de que los éxodos en masa y los flujos migratorios obedecen a peligros, amenazas y quebrantamientos de la paz, y que la comunidad internacional debe definir con urgencia un régimen internacional de las migraciones,

Condenando la propaganda a favor de la guerra y de la incitación al odio y a la violencia, de conformidad con el Artículo 20.1 del PIDCP,

Tomando nota con reconocimiento de la Declaración sobre el Derecho a la Paz, adoptada por el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos el 16 de abril de 2012,

Rindiendo homenaje a los movimientos e ideas por la paz que han marcado la historia de la humanidad y que han cristalizado, entre otros, en la Agenda de la Haya para la Paz y la Justicia en el Siglo XXI (1999),

Reconociendo la valiosa contribución realizada por las organizaciones de la sociedad civil en el desarrollo del derecho humano a la paz, en particular la Declaración de Santiago sobre el Derecho Humano a la Paz (2010),

Consciente de que la paz no es simplemente la ausencia de guerra, pues significa también ausencia de violencia económica, social y cultural, y requiere un proceso positivo, dinámico y participativo en el que se aborden las causas profundas de los conflictos oportunamente, y se desarrollen y apliquen medidas preventivas uniformemente y sin discriminación,

Recordando que el reconocimiento de la dignidad inherente y los derechos iguales e inalienables de todos y cada uno de los miembros de la familia humana, mujeres, hombres, niños, personas con diversidad funcional física o mental y personas mayores, son la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo,

Reconociendo las aportaciones de las mujeres a los procesos de paz y subrayando la importancia de su participación en todos los niveles de adopción de decisiones, como ha sido reconocido por la

resolución del Consejo de Seguridad 1325 (2000) sobre las mujeres y la paz y la seguridad,

Afirmando que el derecho humano a la paz no será efectivo sin la realización de la igualdad de derechos y el respeto a las diferencias de género; sin el respeto a los diferentes valores culturales y creencias religiosas que sean compatibles con los derechos humanos universalmente reconocidos; y sin la eliminación del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia;

Reconociendo también que la paz requiere justicia social, tal y como se precisa en la Constitución de la OIT y en los convenios internacionales del trabajo relevantes que establecen el derecho a un trabajo digno, a disfrutar de condiciones de empleo equitativas, y el derecho de asociación sindical,

Reafirmando que todas las personas tienen derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que se hagan plenamente efectivos los derechos y libertades proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, y en el que el estado de derecho exija la aplicación uniforme de las normas y rechace la selectividad, el privilegio, la impunidad y la discriminación,

Recordando el compromiso de la comunidad internacional de eliminar la pobreza y promover el desarrollo sostenible y un medio ambiente limpio y pacífico para todos, así como la necesidad de abordar las desigualdades del crecimiento y la exclusión de algunos Estados así como dentro de ellos,

Afirmando el derecho de todas las víctimas de violaciones de derechos humanos a la verdad, la justicia, la reparación y a garantías de no repetición, de acuerdo con la resolución de la Asamblea General 60/147 de 16 de diciembre de 2005,

Reconociendo que las asimetrías del comercio, las nuevas formas de colonialismo económico y de explotación, los regímenes de sanciones y otras formas de violencia estructural impiden el pleno disfrute del derecho humano a la paz y otros derechos humanos,

Recordando que la cultura de paz y la educación de la humanidad para la paz, la justicia y la libertad, son indispensables para la

dignidad de los seres humanos y constituyen un deber que todas las naciones deben cumplir en solidaridad internacional,

Reconociendo que la paz y los derechos humanos tienen una relación simbiótica, pues la paz es condición para la plena realización de otros derechos humanos, y cuando se disfrutan los derechos humanos la consecuencia es la paz,

Invitando a los organismos internacionales y regionales de protección de los derechos humanos a seguir desarrollando el derecho humano a la paz,

Invitando a los actores interesados a adoptar la filosofía de la paz para el desarrollo y el compromiso sagrado de preservar a las futuras generaciones del flagelo de la guerra y de la opresión continuada de la violencia económica y estructural endémicas,

Proclama la siguiente Declaración Universal del Derecho Humano a la Paz:

Artículo 1. Titulares

1. Las personas, los grupos, los pueblos, las minorías y toda la humanidad tienen el derecho a la paz. La paz es la condición para el disfrute de todos los derechos humanos universalmente reconocidos, incluidos los derechos al desarrollo y al medio ambiente.

2. El derecho humano a la paz es inalienable, universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado.

3. El derecho humano a la paz deberá ser implementado sin distinción alguna y sin discriminación.

Artículo 2. Elementos

Los elementos constitutivos del derecho humano a la paz están establecidos en la Carta de las Naciones Unidas y en las disposiciones pertinentes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Las personas pueden hacer valer los distintos elementos del derecho humano a la paz presentando quejas ante los órganos establecidos en tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas, los tribunales regionales de derechos humanos y los procedimientos especiales relevantes del Consejo de Derechos Humanos.

Todas las personas, pueblos y minorías sometidos a agresión, genocidio, racismo, discriminación racial, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia, así como al apartheid, colonialismo, neocolonialismo y otros crímenes internacionales, merecen una atención especial como víctimas de violaciones del derecho humano a la paz.

Artículo 3. Deudores

Los Estados son los principales deudores del derecho humano a la paz.

Los Estados deben abordar las causas de los conflictos y desarrollar estrategias preventivas para asegurar que los agravios sean tratados de manera oportuna y que no conduzcan a la violencia.

Los Estados tienen la obligación de negociar de buena fe y de solucionar las controversias por medios pacíficos.

Los Estados obedecerán la obligación legal de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en las relaciones internacionales.

Los Estados se abstendrán de imponer sanciones unilaterales, y suprimirán la propaganda a favor de la guerra.

Los Estados facilitarán la contribución de las mujeres a la prevención, gestión y resolución pacífica de controversias, así como al mantenimiento de la paz después de los conflictos.

Los Estados fortalecerán la eficacia de los tres pilares fundacionales de las Naciones Unidas en las áreas de paz y seguridad internacionales, derechos humanos y desarrollo.

Los Estados respetarán el derecho de los pueblos a la libre determinación.

El Consejo de Seguridad debe ser reformado para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de la Carta de las Naciones Unidas en el ámbito de la seguridad colectiva.

Artículo 4. Derecho al desarme

Todos los Estados tienen la obligación de desarmarse gradualmente y de eliminar sus armas de destrucción masiva o de efecto indiscriminado, incluidas las armas nucleares, químicas y biológicas.

El uso de armas que destruyen el medio ambiente, en particular las armas radioactivas y las armas de destrucción masiva, son contrarias al derecho internacional humanitario, al derecho a un medio ambiente saludable y al derecho a la paz. Los Estados que las hayan utilizado, tienen la obligación de restaurar el medio ambiente y reparar el daño causado.

Los Estados establecerán zonas de paz y zonas libres de armas de destrucción masiva.

Los recursos liberados por el desarme serán destinados a la promoción y la realización de las obligaciones establecidas en los tratados de derechos humanos, así como a la implementación de los derechos al desarrollo y al medio ambiente.

Artículo 5. Derecho a la educación en la paz y los derechos humanos.

Todas las personas y los pueblos tienen el derecho a una educación integral en la paz y los derechos humanos, en el marco de la Declaración y programa de acción sobre una cultura de paz y el diálogo entre culturas.

La educación y la socialización en la paz es una condición sine qua non para desapprendre la guerra y construir identidades desligadas de la violencia.

Toda persona tiene el derecho de denunciar cualquier situación que amenace o viole el derecho a la paz, y a participar de forma libre en actividades pacíficas para la defensa del derecho a la paz.

Los Estados revisarán las leyes y políticas nacionales que sean discriminatorias contra las mujeres, y adoptarán legislación para perseguir la violencia doméstica, el tráfico de mujeres y niñas y la violencia de género.

Artículo 6. Derecho a la seguridad humana

Las personas tienen el derecho a la seguridad humana, lo que incluye la libertad frente al miedo y frente a la necesidad.

Los pueblos y los seres humanos tienen derecho a vivir en un entorno privado y público que sea seguro y sano.

La libertad frente a la necesidad implica el disfrute del derecho al desarrollo sostenible y de los derechos económicos, sociales y culturales.

Artículo 7. Derecho a resistir contra la opresión

Todas las personas tiene el derecho a obtener el estatuto de objeción de conciencia frente a las obligaciones militares.

Los miembros de toda institución militar o de seguridad tienen derecho a desobedecer órdenes manifiestamente contrarias a la Carta de las Naciones Unidas, al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Tal desobediencia no constituye en ningún caso delito militar.

Los Estados se abstendrán de atribuir a empresas privadas funciones militares y de seguridad que son propias del Estado.

Las empresas privadas militares y de seguridad, así como su personal, deben ser responsabilizadas por las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Los pueblos y los seres humanos tienen el derecho a resistir y a oponerse al colonialismo, a la ocupación extranjera y a la opresión interna; y a los crímenes de agresión, genocidio, racismo, apartheid, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

El personal de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas debe rendir cuentas en los casos de conducta delictiva o de violación del derecho internacional. Los Estados que aporten contingentes deben investigar las quejas presentadas contra miembros de tales contingentes.

Las víctimas de violaciones de derechos humanos tienen el derecho a la verdad, a una compensación, a la justicia, a la reparación y a garantías de no repetición.

Todas las personas tienen el derecho a solicitar refugio y a disfrutar de él sin discriminación, de acuerdo con el derecho internacional.

Los Estados tienen la obligación de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos de todas las personas y grupos vulnerables bajo su jurisdicción, con independencia de su nacionalidad, origen o de su estatus migratorio.

Artículo 8. Derecho al desarrollo y a un medio ambiente sostenible

Los pueblos y los seres humanos tienen el derecho a participar en el desarrollo económico, social, cultural y político, en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él.

Todos tienen el derecho a vivir en un medio ambiente limpio, pacífico y seguro, y a la acción internacional para mitigar la destrucción del medio ambiente, especialmente el cambio climático.

Los Estados transferirán la tecnología en el ámbito del cambio climático, de acuerdo con el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas.

Conforme a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, los Estados proporcionarán el financiamiento adecuado a los Estados que no tengan recursos suficientes para adaptarse al cambio climático.

Artículo 9. Implementación

Los Estados, las Naciones Unidas y sus organismos especializados, fondos y programas, adoptarán las medidas sostenibles pertinentes para implementar la presente Declaración. Las organizaciones internacionales, regionales, nacionales y locales, así como la sociedad civil, deben participar activamente en la implementación de la Declaración.

Todos los Estados deberán implementar de buena fe las disposiciones de esta Declaración mediante la adopción de medidas legislativas, judiciales, administrativas y educativas, entre otras, que sean necesarias para promover su cumplimiento efectivo.

El Consejo de Derechos Humanos controlará el progreso en la implementación de la Declaración como tema permanente de su programa y designando un relator especial sobre el derecho humano a la paz.

Se invita a los órganos de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas y los organismos regionales competentes, a incorporar la presente Declaración en sus actividades de protección.

AEDIDH, 20 de septiembre de 2017.

Índice de referencias bibliográficas

- Abellán Honrubia, V. (1997). "Internacionalización del concepto y de los contenidos de los derechos humanos". En Centro Pignatelli (ed.), *Los Derechos Humanos, camino hacia la Paz*. Zaragoza: Seminario de Investigación para la Paz-Diputación General de Aragón.
- Abello-Galvis, R. (2011). "Introducción al estudio de las normas de *Ius Cogens* en el seno de la Comisión de Derecho Internacional-CDI", *Revista Vniversitas*, Universidad Javeriana.
- Abello-Galvis, R. (2012). "La jerarquía normativa en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Evolución jurisprudencial del *ius cogens* 1993-2012", *Revista del Instituto Brasileiro do Direitos Humanos*, año 12, n. 12.
- Abreu, M. de A. (1994). "Reconstruindo uma história esquecida: origem e expansão das favelas do Rio de Janeiro". *Espaço e Debates*, n. 37.
- Acosta López, J. I.; Duque Vallejo, A. M. (2008). "Declaración Universal de Derechos Humanos, ¿Norma de *Ius Cogens*?" *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n. 12, Bogotá.
- Acosta, Y. (2011). "La Constitución del sujeto en la filosofía latinoamericana". En Grüner, E. (coord.) *Nuestra América y el Pensar Crítico Fragmentos de Pensamiento Crítico de Latinoamérica y el Caribe*, Buenos Aires: Clacso.
- Adorno, T.; Horkheimer, M. (1998). *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos Filosóficos*. Madrid: Trotta.
- Aguiló, A. 2009. "Los Derechos Humanos como campo de las luchas por la diversidad humana: Un análisis desde la sociología crítica de Boaventura de Sousa Santos", *Universitas humanística* Bogotá, 68, julio-septiembre, pp. 179-205. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/unih/n68/n68a11.pdf> [consulta: 1 de abril de 2018]
- Aguiló, A.; Sabariego, J. (2016). "Epistemologies of the South and local elections in Spain: towards politics based on the commons?" *Revista de Historia Actual*, n. 40.
- Alexy, R. (2008). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores.
- Alston, P.; Simma, B. (1988). "The sources of human rights law: custom, *ius cogens* and general principles", *Australian Yearbook of International Law*, vol. 12.
- Álvarez, A. (1917). *The Monroe Doctrine from the Latin-American Point of View*, 2 St. Louis L. Rev. 135.

- Alves, J. A. L. (1994). “Direitos humanos: o significado político da conferência de Viena”. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 32. Disponible en:
http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451994000100009&script=sci_abstract&tlng=pt
- Anderson, P. (1996). Balanço do Neoliberalismo. En Sader, E.; Gentili, P. (orgs.) *Pós-neoliberalismo as Políticas Sociais e o Estado Democrático*. Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra.
- Anderson, P. (1998). *As origens da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.
- Anghie, A. (2007). *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- APDHA (2011). *Derechos Humanos en la frontera sur*. 2010-2011. Sevilla: Ed. APDHA.
- APDHA (2015). *Derechos Humanos en la frontera sur*. 2014-2015. Sevilla: Ed. APDHA.
- Arendt, H. (1989). *Origens do totalitarismo-anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo*. São Paulo: Companhia das letras.
- Arendt, H. (2006). *Los orígenes del Totalitarismo*. Madrid: Alianza.
- Arias Marín, A. (2016). “Claves críticas del multiculturalismo. Política del reconocimiento y ciudadanía multicultural”. En Arias Marín, A., *Debate multicultural y derechos humanos*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Arnold, R. (2012). *The Universalism of Human Rights*. vol. 16. Springer Science & Business Media.
- August, A. (2009). “Gender and 1960s Youth Culture: The Rolling Stones and the New Woman”. En *Contemporary British History*. vol. 23, n. 1.
- Badiou, A. (2001). *Ethics*. London: Verso.
- Ballel, T. R. de las H. (2002). *La tolerancia exigente*. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- Barber, B. (1984): *Strong Democracy*. Los Ángeles: University of California Press.
- Barragán, V., Hernández, R. y Sanz, J. (2014). Midiendo las experiencias participativas. El caso de los presupuestos participativos de Sevilla. *Revista OIDLES*, Vol. 8, N°
- Barreiro, L. (2005). “Discriminacion-es”. En Barreiro, L. (comp.) *Debate teórico paraguayo. Legislación antidiscriminatoria*. Asunción: Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), Comisión de Equidad, Género y Desarrollo Social de la Cámara de Senadores, Comisión de Equidad Social y Género de la Cámara de Diputados, Comisión de Derechos Humanos y Asuntos Indígenas de la Cámara de Diputados y Centro de Documentación y Estudios (CDE).

- Barreto, J.M. (2014). “A Universal History of Infamy: Human Rights, Eurocentrism, and Modernity as Crisis”. En Singh, P.; Mayer, B. (eds.), *Critical International Law: Postrealism, Postcolonialism, and Transnationalism*. Oxford: Oxford University Press.
- Bassiouni, M. C (2010). *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice*. Antwerp-Oxford-Portland: Intersentia.
- Bassiouni, M. C. (2013). *Introduction to International Criminal Law*, second revised edition. Martinus Nijhoff Publishers.
- Bassiouni, M. C; Rothenberg, D. (2007). *The Chicago Principles on Post-Conflict Justice*. International Human Rights Law Institute.
- Battistella, G. (2008). “La naissance d’une Convention. Les difficiles relations entre migrations et droits de l’homme”, *Hommes & migrations*, n. 1271.
- Bauman, Z. (2010). *Modernidad y holocausto*. Madrid: Sequitur.
- Beck, U. (1999). *O que é globalização?* São Paulo: Paz e Terra.
- Bedjaoui, M, (2008). “L’humanité en quête de paix et de développement”. En *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. RCADI, vol. 325.
- Behnke, A. (2008). “‘Eternal Peace’ as the Graveyard of the Political: A Critique of Kant’s Zum Ewigen Frieden”, *Millennium: Journal of International Studies*, vol. 36, n. 3.
- Bellamy, A. J. (2006). Whither the Responsibility to Protect? Humanitarian Intervention and the 2005 World Summit. *Ethics & International Affairs*, 20 (2), 143-169.
- Belluzzo, L. G. M.; Bastos, P.P.Z.(Coords.) (2015). *Austeridade Para Quem?* São Paulo: Carta Maior.
- Benhabid, S. (2006). *El ser y el otro en la ética contemporánea. Feminismo, comunitarismo y posmodernismo*. Barcelona: Gedisa.
- Benjamin, W. (1994). “Sobre o conceito da história”. En: Benjamin, W. *Magia e técnica, arte e política* —ensaios sobre literatura e história da cultura— Obras escolhidas I. 7.ed. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense. [Obras Escolhidas; v.1].
- Bergoglio, J. (Papa Francisco). 30/03/2018. Intervención realizada durante el Vía Crucis del Viernes de Resurrección. Mencionada en: Corriere della Sera. Papa Francesco: ‘Vergogna di aver perso la vergogna’. Disponible en: http://www.corriere.it/cronache/18_marzo_30/papa-francesco-vergogna-aver-perso-vergogna-db5fc0fe-345a-11e8-a1e2-51062e133ddb.shtml?refresh_ce-cp [consulta: 4 de abril de 2018]
- Berth, Y. (1992). “*Les moyens d’action des Nations Unies pour le développement économique dans le cadre de l’idée d’un nouvel ordre mondial*”. Paris. Pedone,

- Bethencourt, F. (2013). *Racisms: from the Crusades to the Twentieth Century*. Princeton: Princeton University Press.
- Bexell, M.; Jönsson, K. (2017). "Responsibility and the United Nations' Sustainable Development Goals". *Forum for Development Studies*. vol. 44, n. 1. Routledge.
- Bhuta, N. (2008). "Against State-Building". En *Constellations*. vol 15, n. 4.
- Bickford, L. (2004). "Transicional Justice". En Horvitz, L. A.; Catherwood, C.(eds.). *Macmillan Eyclopedia of Genocide and Crimes against humanity*. USA, vol. 3.
- Biroli, F; Miguel, L. F. (orgs) (2013). *Teoria política feminista: textos centrais*. Vinhedo: Editora Horizonte.
- Blázquez, N. (1982) "El recurso a la dignidad humana en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de las Naciones Unidas", En *Dignidad de la persona y Derechos Humanos*, Madrid: Instituto Pontificio de Filosofía.
- Bobbio, N. (1992). *A Era dos Direitos*. 18a. tiragem. Rio de Janeiro: Ed. Campos.
- Bobbio, N. (2004) *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Apresentação Celso Laffer. Rio de Janeiro: Elsevier.
- Bohoslavsky, J. P; Torelly, M. (2012). "Cumplicidade Financeira Na Ditadura Brasileira: Implicações Atuais", *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, n. 6, jul./dez. 2011, Brasília: Ministério da Justiça.
- Bond, E. J. (1996). *Ethics and Human Well-Being*. Oxford: Blackwell Publishers Inc.
- Borja, J. (2003). *La ciudad conquistada*. Madrid: Alianza editorial Madrid.
- Bóron, A. A. (2010). *O socialismo no século XXI: há vida para o neoliberalismo? São Paulo: Expressão. Popular*.
- Bray, K. H. (2000). "What's So Universal About Human Rights: A Philosophical Inquiry Into The Universal Declaration Of Human Rights". *Trinity Law Review* 113.
- Bricmont, J. 2008. Imperialismo humanitario. El uso de los Derechos Humanos para vender la guerra, Barcelona, El Viejo Topo.
- Brownlie, I. (ed.) (1992). "The African Charter on Human and People's Rights (1981)". En *Basic Documents on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- Buck-Morss, S. (2000). "Hegel and Haiti", *Critical Inquiry*, vol. 26, n. 4.
- Bueno, G. (2016). *El mito de la cultura*, Edición ampliada, Oviedo: Ediciones Pentalfa.
- Butchart, S. H. M. et al. (2010). "Global Biodiversity: Indicators of Recent Declines". *Science*, vol. 328, n. 5982. Disponible en <https://pdfs.semanticscholar.org/4d20/264f4402cac597a270eec657e8344f1f00e2.pdf>

- Butler, J. (2004). *Precarious life: the powers of mourning and violence*. Londres/Nova Iorque: Verso.
- Butler, J. (2004). *Undoing gender*. New York: Routledge.
- Calderón, G. (2010). “Universalismo contextualizado: entre el relativismo ético extremo y el universalismo absoluto”. *Revista-Centro Universitário São Camilo*. 4(4).
- Calixto, A. J; Carvalho, L. C. (2017). “O papel da alteridade no âmbito da teoria do transconstitucionalismo: o respeito à identidade cultural como forma de estabelecimento de uma cooperação em matéria de direitos humanos”, *Revista Argumentum*, Marília, vol. 18, n. 2, ago.
- Campos, A. (2005). *Do quilombo à favela: a produção do “espaço criminalizado” no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.
- Cançado Trindade, A. A. (2008). *Evolution du droit international au droit des gens-l'accès des individus à la justice internationale, le regard d'un juge*. Paris:Pedone.
- Cançado Trindade, A. A. (2010). *International Law for Humankind-Towards a New Jus Gentium*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- Cançado Trindade, A. A. (2017). *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*. 2. ed. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão.
- Carpizo, J. (2012). “El estado de los derechos de la justicia social”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, (14). Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/revista/pdf/derechosocial/14/art/art1.pdf>
- Carrillo Salcedo, J. A. (2001). *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*. Madrid: Tecnos.
- Carrillo Salcedo, J.A. (1996). “Droit international et souveraineté des États. Cour général de droit international public”, tiré à part du *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 257.
- Casas-Cortes, M et at. (2015). “New Keywords: Migration and Borders”, *Cultural Studies*, 29: 1.
- Caspar, R. 1995. Para una Visión Cristiana del Islam. Santander: Sal Terrae.
- Cassese, A. (1980). “The Approach Of The Helsinki Declaration To Human Rights”. *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 13.
- Cassese, A. (1993). *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Barcelona: Ariel.
- Cassese, A. (2005). *I diritti umani oggi*. Roma: GF Laterza.
- Cassin, R. (1951). “La Déclaration Universelle et la mise en ouvre des droits de l'homme”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (79), La Haya, Países Bajos.
- Castro-Gomez, S. (2017). “¿Que Hacer con los Universalismos Occidentales?”, *Analecta Política*. Medellín, vol. 07, n. 13.
- Centro Internacional para a Justiça Transicional (2009). *¿Qué es la justicia transicional?* Disponible en

- <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>
- Césaire, A. (2000). *Discourse on Colonialism*, New York: New York University.
- Chakrabarty, D. (2000). *Provincializing Europe: postcolonial thought and historical difference*. Princeton, N.J: Princeton University Press.
- Chapman, A. R. (2009) “The Divisibility of Indivisible Human Rights”, *Economic Rights Working Papers*, n. 9, University of Connecticut, Human Rights Institute.
- Charbonneau, B. (2008). “Dreams of Empire: France, Europe and the New Interventionism in Africa”, *Modern & Contemporary France*, vol. 16, n. 3.
- Chomsky, N. (2002). *El nuevo humanismo militar: Lecciones de Kosovo*. Ed. Siglo XXI.
- CIISE. (2001). *The Responsibility to Protect*. Ottawa: International Development Research Centre.
- Ciurlizza, J. (2009). “Para um panorama Global sobre a Justiça de Transição”, *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, n. 1, jan.-jun.
- Clavero, B (2017). Constitucionalismo y colonialismo en las Américas: el paradigma perdido en la historia constitucional. *Revista de Historia del Derecho* n. 53, enero-junio.
- Clavero, B. (2017). *Constitucionalismo global: por uma história verossímil dos direitos humanos*. Goiânia: Palavrar.
- Clifford, J. (2013). *Returns: becoming indigenous in the twenty-first century*. Cambridge, Massachusetts Londres, England: Harvard University Press.
- Colaço, T. L.; Damázio, E. da S. P. (2012). *Novas perspectivas para a Antropologia Jurídica na América Latina: o Direito e o Pensamento Decolonial*. Coleção Pensando o Direito no Século XXI, v. IV. Florianópolis: Fundação Boiteux.
- Colom, F. (1998) *Razones de identidad: pluralismo cultural e integracion política*. Madrid: Anthropos.
- Comparato, F. K. (2010). *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva.
- Conklin, A L (1998). “Colonialism and Human Rights, A Contradiction in Terms? The Case of France and West Africa, 1895-1914”. *The American Historical Review*, 103(2).
- Cordero, N. (2014). “Trata con fines de explotación sexual. Derechos Humanos que mal-tratan a las humanas”, *Gaceta de Antropología* n. 30.
- Cortina, A. (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre*. Barcelona: Espasa Libros; edição eletrônica (Kobo-Livraria Cultura).

- Costa, A.B.; Sousa Junior, J.G. de (2009). “O Direito Achado na Rua: uma ideia em movimento”. En Costa, A.B. et al (org.), *O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/UnB.
- Costa-Lima, L. (1996). *The Limits of Voice: Montaigne, Schlegel, Kafka*. Stanford: Stanford University Press.
- Cronin-Forman, Kate. (2017) The World Knew Ahead of time the Rhoginyan where facing Genocide. Foreign Affairs. Diponible en: <https://www.theguardian.com/global-development/2017/sep/06/who-are-the-rohingya-and-what-is-happening-in-myanmar>
- D’Alessandro, C., Zulu, L. (2017). “From the Millennium Development Goals (MDGs) to the Sustainable Development Goals (SDGs): Africa in the post-2015 development Agenda. A geographical perspective”. *African Geographical Review* 36.1.
- D’Amico, F. (2015). LGBT and (Dis)United Nations: Sexual and gender minorities, international law, and UN politics. In M. Lavinias Picq & M. Thiel (Eds.), *Sexualities in World Politics: How LGBTQ claims to shape International Relations*. New York: Routledge.
- Darby, P. (1996). “Pursuing the Political: A Postcolonial Rethinking of Relations International”, *Millennium*, vol. 33, n. 1.
- Dardot, P.; Laval, C. (2013). *The new way of the world: on neoliberal society*. London: Verso.
- David, C. P. (2013). *La Guerre et la Paix: Approches et enjeux de la sécurité et de la stratégie*. Paris: SciencesPo: Les Presses.
- Davidson, S. (1993). *Human Rights*. Philadelphia: Open University Press.
- Daw, M; El-Bouzed, M; Dau, A. (2015). *Libyan armed conflict 2011: Mortality, injury and population displacement*. African Federation for Emergency Medicine. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2211419X15000348>
- De Castro Cid, B. (2004). *Introducción al estudio de los Derechos Humanos*. Madrid: Universitas S.A.
- De Sousa Santos, B. 2004. “Los Derechos Humanos y el Foro Social Mundial”, en xxxv Congreso de la Federación Internacional de los Derechos Humanos (fidh), Quito, 2-6 marzo de 2004, Institut de Drets Humans de Catalunya. Disponible en: http://aplicaciones2.colombiaaprende.edu.co/red_privada/sites/default/files/de_los_derechos_humanos_y_foros_social_mundial_-_soussa_santos.pdf [consulta: 5 de abril de 2018].
- De Visscher, C. (1962). *Teorías y realidades en Derecho Internacional Público*, Barcelona.
- De Waal, A. (2007). “No such thing as humanitarian intervention”. *Harvard International Review* 21.
- Deleuze, G.; Guattari, F. (1994). *Mil mesetas*. Valencia: Pre-textos.

- Delgado, J. (2016). *Derechos Humanos y desarrollo local*. El caso de Rafaela (tesis doctoral). Universidad Pablo de Olavide, Sevilla.
- Delmas-Marty, M. (2004). “Os crimes internacionais podem contribuir para o debate entre universalismo e relativismo de valores?” En Cassese, A; Delmas-Marty, M. *Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e Justiça penal internacional*. São Paulo: Manole.
- Delmas-Marty, M. (2005). *Le pluralisme ordonné*. 2. ed. Paris: Éditions Du Seuil.
- Derrida, J. (2008). *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*. Madrid: Tecnos.
- Derrida, J. (2011). *O animal que logo sou*. 2ª ed. São Paulo: Editora Unesp.
- Diez de Velasco, M. (2006) *Las Organizaciones Internacionales*, 14ª Ed., Madrid: Tecnos.
- Diez de Velasco, M. (2013). *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid: Tecnos.
- Dinstein, Y. (2007). “The interaction between customary law and treaties”, *RCADI*, vol. 322.
- Donnelly, J. (2003) *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Ithaca, NY: Cornell University Press.
- Donnelly, J. (2007). “The relative universality of human rights”. *Human rights quarterly* 29, n. 2.
- Donnelly, J. (2007). *International Human Rights* (Third Edition). Boulder: Westview Press.
- Douzinas, C. (2000). *The End of Human Rights*. Portland: Hart Publishing.
- Douzinas, C. (2007). *Human Rights and Empire*. London: Routledge.
- Douzinas, C. (2009). *O Fim dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: Editora Unisinos.
- Douzinas, C. (2018). “The End(S) Of Human Rights” *Melbourne University Law Review*.
- Dulitzky, A. (1996). Los Tratados de Derechos Humanos en el Constitucionalismo Iberoamericano. En *Estudios Especializados de Derechos Humanos*. San José: IIDH.
- Dussel, E. (1993). *1492-o encobrimento do outro (a origem do mito da modernidade)*. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.
- Dussel, E. (2005). *Transmodernidade e interculturalidade: interpretação a partir da filosofia da libertação*. México: D. F.: UAM-Iz.
- Eide, A. (1990). “The Universal Declaration in Space and Time”. En *Human Rights in a Pluralist World. Individuals and Collectivities*, Meckler, Westport: UNESCO-Roosevelt Study Center,
- Ellacuría, I. (2012). “Historización del bien común y de los derechos humanos en una sociedad dividida”. En Senent de Frutos, J.A. (ed.), *La lucha*

- por la justicia. Selección de textos de Ignacio Ellacuría (1969-1989)*, Universidad de Deusto, Bilbao. En:
<http://www.ohchr.org/Documents/Countries/MM/CXBMissionSummaryFindingsOctober2017.pdf>
- Escrivão Filho, A.; Sousa Junior, J. G. de (2016). *Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.
- Estévez López, A. (2010). “Construcción de sujetos (des)empoderados a través del/de los discurso(s) de derechos humanos”, *Revista Norteamérica*, vol. 5,(1). Disponible en
www.journals.unam.mx/index.php/nam/article/download/24155/22688
- Faleh Pérez, C. (2017). “La seguridad humana en la práctica del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. En Faleh Pérez, C. & Villán Durán, C. (Coords.). *El derecho humano a la paz y la (in)seguridad humana. Contribuciones atlánticas*, AEDIDH, Luarca.
- Fariñas Dulce, M. (2005). *Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- Fazio Vengoa, H. A. (2011). Qué es la globalización?: contenido, explicación y representación (No. 303.482 F289q Ej. 1 024841). Universidad de los Andes. Vicerrectoría de Investigaciones,
- Federación Internacional de Trabajo Social (2017). *Definición de Trabajo Social*. Disponible en
www.fsw.org/propuesta-de-definicion-global-del-trabajo-social/
- Fierstein, D. (2008). *El Genocidio Como Práctica Social, entre el Nazismo y la experiencia Argentina*. Buenos Aires: Edit. Fondo de Cultura Económica.
- Ferguson, N. (2012). *Civilization, The West and The Rest*. UK: Penguin Books.
- Fernández, E.G., & García, M.F. (2012). El giro participativo de la administración: desafíos en la globalización de los presupuestos participativos. *Cuadernos de Trabajo Social*, 25(2), 333-343.
- Fernández, M.; Esteves, P. (2017). “Silencing Colonialism: Foucault and the International”. En Bonditti, P; Bigo, D; Gros, F (Orgs.). *Foucault and the Modern International. Silences and Legacies for the Study of World Order*. US: Palgrave.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 4. ed. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. (Prólogo y traducción Perfecto Andrés Ibáñez). Madrid: Trotta.
- Ferreira Filho, M. G. (2016). *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva.

- Ferreira, A. C. (2012). *Sociedade da Austeridade e direito do trabalho de exceção*. Porto: Vida Económica-Editorial, SA.
- Fetscher, I. (1999). *La tolerancia. Una pequeña virtud imprescindible para la democracia*. Barcelona: Gedisa.
- Feyer, K. de & Gómez Isa, F. (eds.) (2005). *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation*. Antwerp/Oxford: Intersentia.
- Flórez Flórez M. (2012) “En defensa del Páramo de Santurban. Cronología de una lucha que apenas comienza...” en Toro Perez C. y otros (eds) Minería, territorio y conflicto en Colombia Universidad Nacional de Colombia-Instituto Unidad+ de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina Bogota
- Flórez Flórez, J. (2007). “Lectura no eurocéntrica de los movimientos sociales latinoamericanos. Las claves analíticas del proyecto modernidad/colonialidad”. En Castro Gómez, S.; Grosfoguel, R. (comps.) *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del hombre editores, Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.
- Fordham, M; De la Mare, T. (2001). “Identifying the principles of proportionality”. En Jowell, J; Cooper, J. (Eds). *Understanding human rights principles*. Oxford/Portland: Hart Publishing.
- Foucault, M. (2000). *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes.
- Foucault, M. (2004). *Naissance de la biopolitique*. París: Gallimard.
- Fukuyama, F. (1994). *El fin de la historia y el último hombre*. Barcelona: Planeta/De Agostini.
- Gadamer, H-G. (2000). Retrospectiva dialógica à obra reunida e sua história de efetuação: entrevista de Jean Grodin a H.-G. Gadamer. En Almeida, C. L. da S. de; Flickinger, H-G; Rohden, L (Orgs.). *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS.
- Gadamer, H-G. (2002) *Verdade e método II: complementos e índice*. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes.
- Galeano, E. (2005). *O livro dos abraços*. Tradução de Eric Nepomuceno. São Paulo: LP&M.
- Gallardo, H (2008). *Teoría Crítica: Matriz y posibilidad de derechos humanos*. Murcia.
- Gallardo, H. (2000). *Política y transformación social. Discusión sobre derechos humanos*. Quito: Escuela de formación de laicos y laicas. Vicaría Sur Servicio Justicia y Paz (Serpaj).
- Gallardo, H. (2009) “Sobre las generaciones de derechos humanos”, en www.heliogallardo-americalatina-info.

- Gallardo, H. (2009). *Derechos humanos como movimiento social*. Bogotá: Ediciones desde abajo.
- Gallardo, H. (2014). *Teoria crítica: matriz e possibilidade de direitos humanos*. São Paulo: Editora Unesp.
- Gándara Carballido, M. (2014). “Repensando os Direitos Humanos a partir de Lutas”. *RCJ-Revista Culturas Jurídicas*, vol. 1, n. 2.
- García Segura, C. (2007). *Los límites del proyecto imperial: EEUU y el orden internacional en el siglo XXI*. Madrid: Catarata.
- García, P., & Fernández, M. (2014). The spanish 15m movement and the return of the political. In F. Martinez & K. Slabina (Eds.), *Playgrounds and Battlefields Critical Perspectives of Social Engagement*. Tallin: Tallinn University Press.
- Garzón Valdés, E. (1993). “El problema ético de las minorías étnicas”. En Olivé, L. *Ética y diversidad cultural*. México: IIF-UNAM/Fondo de Cultura Económica.
- Garzón Valdés, E. (1999). “Guerra e diritti umani”, *Región Practica*, n. 13.
- George, S. (2001). *Informe Lugano*. 6ª. ed. Barcelona: Icaria, 2001.
- George, S. (2004). “¿Globalización de Los Derechos?” En Gibney, M. J., *La globalización de los derechos humanos*. España: Crítica.
- Gerbaudo, P. (2013). *Tweets and the Streets*. Londres: Pluto.
- Glanville, L. (2003). Norms, Interests and Humanitarian Intervention. Universidad de Sydney (tesina de Maestría).
- Golder, B. (2014). “Beyond Redemption? Problematising The Critique of Human Rights in Contemporary International Legal Thought” *London Review of International Law*, 78.
- Goldsmith, J. L.; Posner, E. A. (2005). *The limits of international law*. New York: Oxford University Press.
- Gomes, M. T. U. (2011) *Direito humano à educação e políticas públicas*. Curitiba: Juruá.
- Gómez Isa, F. (1999). *El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Gómez Isa, F. (2015). “Las empresas transnacionales y los Derechos Humanos: ¿hacia un marco jurídico internacional de carácter vinculante?”, *Revista de responsabilidad social de la empresa*, n. 20.
- Gomez Isa, F.; Pureza, J. M. (eds.) (2004). *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del S.XXI*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Gómez, J. M. (2008). “Globalização dos direitos humanos, legado das ditaduras militares no Cone Sul latino-americano e justiça transicional”, *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 33, jul/dez.

- Gonçalves, J. R.; Leitão, L.; Araújo, M.; Teixeira, P. (2018). “Vereadora do PSOL, Marielle Franco é morta a tiros na Região Central do Rio”. *Portal G1*. Disponible en <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/vereadora-do-psol-marielle-franco-e-morta-a-tiros-no-centro-do-rio.html>
- Gonçalves, R. S. (2013) *Favelas do Rio de Janeiro: história e direito*. Rio de Janeiro: Pallas: Ed. PUC-Rio.
- Gosfroguel, R. (2006). “Actualidad del pensamiento de Césaire: redefinición del sistema-mundo y producción de utopía desde la diferencia colonial”. En Cesaire, A. *Discurso sobre el colonialismo* (Mara Viveros Vigoya trad.). Madrid: Akal.
- Greenwald, G. (2018). “Não deixe que a política radical de Marielle seja explorada ou apagada, como o Fantástico tentou fazer ontem à noite”. *The Intercept*. Disponible en: <https://theintercept.com/2018/03/19/nao-deixe-que-a-politica-radical-de-marielle-seja-explorada-ou-apagada-como-o-fantastico-tentou-fazer-ontem-a-noite/>. Acceso en: 26 março 2018.
- Greiff, P. (2007). *Vetting and Transitional Justice. In Justice as Prevention: Vetting Public Employees in Transitional Societies*. New York: Social Science Research Council.
- Grijelmo, A. (2012). *La información del silencio. Cómo se miente contando hechos verdaderos*. Madrid: Taurus.
- Griswold, W. (2004). *Cultures and societies in a changing world*. California: Pine Forge Press.
- Gros Espiell, H (1988). *Estudios sobre Derechos Humanos II*, Madrid: Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Civitas.
- Guardiola, O. (2018). “Absolute Contingency and The Prescriptive Force Of International Law, Chiapas-Valladolid, Ca. 1550”. En *The Force of International Law*, Routledge-Cavendish.
- Gudynas, E. (2011). “Los derechos de la Naturaleza en serio. Respuestas y aportes desde la ecología política”. En *La Naturaleza con Derechos. De la Filosofía a la práctica*. 1ª. ed. Quito, Ecuador: Abya-Yala.
- Guerra González, M. del R. (2006). “Multiculturalismo y derechos humanos: limitar, tolerar o fomentar lo diferente”, *Andamios*, vol. 3, n. 6, Universidad Autónoma de la Ciudad de México, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-00632007000100002
- Guerra, S. (2015). *Direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva.
- Guillén, A.; Sáenz, K.; Badii, M.H.; Castillo, J. (2009). Origen, espacio y niveles de participación ciudadana. *Daena: International Journal of Good Conscience*. 4(1). Pp. 179-193. Marzo. En:

- Haarscher, G. (2004) “Can Human Rights be ‘contextualized?’”. En Sajó, A. (org.) *Human Rights with Modesty: The Problem of Universalism* (Dordrecht: Springer).
- Habermas, J. (1987). *Teoría de la acción comunicativa*. Trad. de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus.
- Habermas, J. (1999). “La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho”. En *La inclusión del otro*. Barcelona: Paidós.
- Habermas, J. (2003). *Acción comunicativa y razón sin trascendencia*. Barcelona: Paidós.
- Habermas, J. (2012), *The Crisis of the European Union. A response*. Cambridge: Polity Press.
- Hambleton, S. y Hogget, P. (1994). Aframework for understanding area-based desentralisation. *Local Government. Policy Marketing*. Vol. 20. 4, pp. 5-12.
- Hannum, H. (1996), *The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law*, 25 Ga. J. Int’l & Comp. L.
- Harvey, D. (2008). The Right to the City. *New Left Review*, 53(53), 23-40.
- Hawking, S. 2017. ‘We Must Leave Earth to Survive’. En Expedition New Earth. BBC Earth Lab. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=mQhvNEVRo7w> [consulta: 6 de abril de 2018].
- Hayek, F. A. (1998): *Los fundamentos de la libertad*. Madrid: Unión.
- Herman, E. y Chomsky, N. (2008). *Manufacturing Consent. The Political Economy of the Mass Media*. Londres: The Boadley Head.
- Hernandez, M. de C. (2010). “A ascensão do tema dos Direitos Humanos no pósguerra fria: a Conferência de Viena (1993)”. *Mediações-Revista de Ciências Sociais*, Londrina, vol. 15, n. 1, Disponible en <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/4352/5946>
- Herrera Flores, J. (2000). “La riqueza humana como criterio de valor”. En Herrera Flores, J., *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée De Brouwer.
- Herrera Flores, J. (2005) *Los derechos humanos como produtos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Madri: Catarata.
- Herrera Flores, J. (2005). *El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana*. Sevilla: Aconcagua.
- Herrera Flores, J. (2005). *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*. Madrid: Catarata.
- Herrera Flores, J. (2008). *La reinención de los derechos humanos*. Valencia: Atrapasueños.
- Herrera Flores, J. (2009). *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux.

- Herrera Flores, J. (Ed.). 2000. *El vuelo de Anteo: Derechos Humanos y Crítica de la Razón Liberal*, Bilbao, Desclée de Brouwer.
- Herrera, F. J. (2005). *Los derechos humanos como productos culturales*. Catarata. Madrid.
- Herrera, F. J. *La reinención de los Derecho Humanos*. Atrapasueños Edit. y Univ. Pablo de Olavide. Sevilla, España, 2008.
- Hespanha, A. M. (2008). *Imbecilistas: as bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades do antigo regime*. Belo Horizonte: Editora UFMG.
- Hessel, S. (2011). *Indignai-vos!* Mensanapress, Disponível em <https://xa.yimg.com/kq/groups/19872884/427698288/name/65069912-indignai-vos.pdf>
- Hidalgo, A. (1993). *Reflexión ética sobre el racismo y la xenofobia. Fundamentos teóricos*. Madrid: Editorial Popular-JCI.
- Hinkelammert, F. (1999). “La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke”, *Revista Pasos*, n. 85; sept-oct, San José de Costa Rica: Departamento Ecuménico de Investigaciones (DEI).
- Hinkelammert, F. (2000). “La inversión de los derechos humanos el caso de JonhLocke”. En Herrera Flores, J. *El Vuelo de Anteo: Derechos Humanos y crítica de la razón liberal*. España: Desclée de Brouwer.
- Hinkelammert, F. (2001). “Percepciones y marcos categoriales de lo político. Entrevista de Germán Gutiérrez”. En Duque, J.; Gutiérrez, G. (eds) *Itinerarios de la razón crítica: Homenaje a Franz Hinkelammert en sus 70 años*, DEI, San José, Costa Rica.
- Hinkelammert, F. (2003). *El asalto al poder mundial y la violencia sagrada del imperio*. San José, Costa Rica: DEI.
- Hinkelammert, F. (2010). *En Entrevista a Franz Hinkelammert*, realizada en San José de Costa Rica, en diciembre de 2010, por Estela Fernández Nadal y Gustavo David Silnik. Mimeo.
- Hinkelammert, F. (2010). *La maldición que pesa sobre la ley. Las raíces del pensamiento crítico en Paulo de Tarso*. San José de Costa Rica: DEI.
- Hinkelammert, F. *Con los pobres de la tierra quiero yo mi suerte echar*. Lilia Solano entrevista a Franz Hinkelammert. Mimeo.
- Hinkelammert, F.; Mora, H (2013). *Hacia una economía para la vida*, En Línea: <http://www.pensamientocritico.info/libros/libros-de-franz-hinkelammert.html?start=15>. Consulta realizada el 30 de marzo de 2013.
- Hinz, M. (2009) “Human rights between universalism and cultural relativism? The need for anthropological jurisprudence in the globalising world”. En Bösl, A.; Diescho, A. (orgs.), *Human Rights in Africa: Legal Perspectives on their Protection and Promotion*, Windhoek: Macmillan Education Namibia.
- Hobsbawm, E. (2000). *Historia del siglo XX. 1914-1991*. Barcelona: Crítica.

- Hobsbawm, E. (2011). *Cómo cambiar el mundo. Marx y el marxismo 1840-2011*. Barcelona: Crítica.
- Houtarr, F. (2015). *De los bienes comunes al bien común de la humanidad*. Bogotá: Corporación Reiniciar.
- Houtart, F. (2013). “Más allá de la economía, el bien común de la humanidad”. *Agumentum*, vol. 5, n. 2.
- Humphrey, J.P. (1979). “The Universal Declaration of Human Rights: its history, impact and juridical carácter”. En Ramcharan, B.G. (eds.). *Human Rights. Thirty Years After the Universal Declaration*. The Hague: International Forum of Human Rights.
- Humphrey, J.P. (1949) “The Universal Declaration of Human Rights”, *International Journal*, n. 4.
- Hurst, H. (1996), “The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law”, *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, 25.
- Huyssen, A. (2014). *Culturas do passado-presente. Modernismos, artes visuais, políticas de memória*. Rio de Janeiro: Contraponto.
- Ibhawoh, B. (2002). “Stronger than the Maxim Gun Law, Human Rights and British Colonial Hegemony in Nigeria”. *Journal of the International African Institute*, 72(1).
- Ignatieff, M. (2001). *Human Rights as Politics and Idolatry*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Jabri, V. (2010). “War, Government, politics: a critical response to the hegemony of the liberal peace”. En Richmond, O (ed.), *Palgrave advances in peacebuilding*. London: Palgrave Macmillan.
- Jakobsen, P. V. (2002). “The transformation of United Nations Peace Operations in the 1990s. Adding Globalization to the Conventional ‘End of the Cold War Explanation’”, *Cooperation and Conflict: Journal of the Nordic International Studies Association*, vol. 37 (3).
- Jaramillo, S. (2013) *El nuevo constitucionalismo y los rezagos de la ciencia del Derecho Constitucional latinoamericano*. Disponible em <http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsdll/collect/clacso/index/assoc/D8931.dir/jaramillo.pdf>
- Jelin, E. (1996). “La construcción de la ciudadanía: entre la solidaridad y la responsabilidad”. En Jelin, E y Hershberg, E (coords.) *Construir la democracia: derechos humanos, ciudadanía y sociedad en América Latina*. Caracas: Nueva Sociedad.
- Jones, O. (2012). *Chavs. La demonización de la clase obrera*. Madrid: Capitán Swing.
- Judt, T. (2012). *Postguerra*. Madrid: Taurus.
- Judt, T. y Snyder, T. (2012). *Pensar el Siglo XX*. Madrid: Taurus.
- Kafka, F. (1998). “Na Colônia Penal”. En Kafka, F. *O Veredito e Na Colônia Penal*. São Paulo: Cia das Letras.

- Kant, E. [1785] (2002). *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Madrid: Alianza.
- Kaufmann, A. (2000). *Derecho, moral e historicidad*. Madrid: Marcial Pons.
- Keene, E. (2002). *Beyond the Anarchical Society: Grotius, Colonialism and Order in World Politics*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kennedy, D. (2002). "The International Human Rights Movement: Part of the Problem?", *Harvard Human Rights Journal* 15.
- Kennedy, D. (2006) "Reassessing International Humanitarianism: The Dark Sides". En *International Law and its Others*. Cambridge University Press.
- Kjoerum, M. (1992) "Art. 14". En Eide, A. et al, *The Universal Declaration of Human Rights. A Commentary*. Norway: Scandinavian University Press.
- Klein, N. (2007). *The shock doctrine: the rise of disaster capitalism*. New York: Metropolitan Books.
- Koche, E. (2013). "The justiciability of indivisible rights", *Nordic Journal of International Law*, 72(1).
- Koskenniemi, M. (2001). *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law, 1870-1960*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kymlicka, W. (1998). "Liberalism and the Politization of Ethnicity", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, n. 2.
- Kymlicka, W. (2002). *Contemporary Political Philosophy: An Introduction*. Oxford: Oxford University Press.
- Laclau, E. (2012). *La razón populista*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Lafer, C. (2006). *A reconstrução dos direitos humanos-um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras.
- Langlois, A. J. (2015). Human Rights, LGBT Rights, and International Theory. In M. Lavinias Picq & M. Thiel (Eds.), *Sexualities in World Politics: How LGBTQ claims to shape International Relations*. New York: Routledge.
- Larenz, K. (1997). *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian.
- Largeault, A. F. (2004). "Sobre o que basear filosoficamente um universalismo jurídico?". En Cassesse, A; Delmas-Marty, M. *Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e Justiça penal internacional?* São Paulo: Manole.
- Las Casas, B. de. (1991). *Brevíssima relação da destruição das Índias: o paraíso destruído: a sangrenta história da conquista da América espanhola*. Tradução de Heraldó Barbuy. 5. ed. Porto Alegre: L&PM.
- Laura Bernal -Bermudez (2017) "Recuadro 3. Caso Urapalma" en Van De Sandt, J. y Moor M. La Paz, responsabilidad de todos. La responsabilidad corporativa en la justicia transicional: lecciones para Colombia. PAX. Bogotá

- Lauterpacht, H. (1950). *International Law and Human Rights*. London: Stevens & Sons Ltd.
- Laval, C. y Dardot, P. (2017). *La pesadilla que nunca acaba*. Barcelona: Gedisa.
- Lefebvre, H. (1978). El derecho a la ciudad.
<https://doi.org/10.1177/072551369203300110>
- Lefort, C. (1988). *Democracy and Political Theory*. Minneapolis: University of Minnesota Press.
- Lentz, R. (2015). “A participação de setores da sociedade civil na Ditadura Civil-Militar brasileira”. En Sousa Junior, J. G de; Silva Filho, J. C. M. da; Paixão, C.; Fonseca, L.G.D. da; Rampin, T.T. D (orgs.). *O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina*. 1. ed. Brasília, DF: UnB.
- Lepine, J. (2006). *Une marche en liberté. Emigration subsaharienne*. Paris: Ed. Maisonneuve et Larose.
- Levin, L. (1985). *Direitos Humanos-Perguntas e Respostas*. São Paulo: Ed. Brasiliense.
- Lilich, B. R. (1973). *Humanitarian Intervention and the United Nations*. Charlottesville: University Press of Virginia.
- Lilich, B. R. (1979). *International Human Rights: Problems of Law and Policy*. Boston: Little Brown Company.
- Lima, J. A. F. L. de (2007). *Trans-border evidence matters and joint investigation teams within the European Union*. Dissertação (Mestrado em Estudos Jurídicos)-Universidade de Cambridge, Reino Unido.
- Lindgreen Alves, J. A. (1993). “O Significado Político da Conferência de Viena sobre Direitos Humanos”. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, 27(4).
- López Martín, A.G. (2011). “La protección internacional de los derechos sociales. A propósito de la ratificación española del Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 2008”. *Foro, Nueva Época*. 13/2011.
- López, E. (2009a). “Dignidad humana, diversidad cultural y calidad de Vida”. *Revista Latinoamericana de Bioética*. 9(16).
- López, E. (2009b). “La tarea de reconocer el multiculturalismo colombiano”. *Cuadernos de Filosofía Latinoamericana*, 30(100).
- Lukes, S. (1998) “Cinco fábulas sobre los derechos humanos”. En *De los derechos humanos. Las conferencias Oxford Amanesty de 1993*. Madrid: Trotta.
- Lyra Filho, R. (1982). *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense.
- Lyra Filho, R. (1991). *O que é direito*. 12.ed. São Paulo: Brasiliense.

- Machado, M. R. (2004). *Internacionalização do direito penal. A gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Editora 34.
- MacQueen, N (2011). “Evolution: Intervention and Humanitarianism from Collective Security to Peacekeeping”. In *Humanitarian Intervention and the United Nations*, Edinburgh: Edinburgh University Press.
- Malamud Goti, J. (2001). “A propósito de una sentencia bien intencionada”, *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires: Edit. Del Puerto, Buenos Aires.
- Maldonado Torres, N. (2009). “A topologia do ser e a geopolítica do conhecimento”. En Santos, B. de S; Meneses, M. P. (orgs.). *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Almedina.
- Mann, C. (2006). *1491*. Madrid: Taurus.
- Maquiavelo, N. (1532). *El Príncipe*.
- Marini, R. M. (1973). *Dialéctica de la dependencia*. México: Era.
- Marques Filho, L. C. (2016). *Capitalismo e Colapso Ambiental*. 2 ed. Rev. e ampl. Campinas: Editora da Unicamp.
- Martinelli, M.L. (2011). “O Serviço social e a consolidação de direitos: desafios contemporâneos”, *Revista de Serviço social & saúde*, n. 12.
- Martínez Escamilla, M. et all. (2014). *Expulsiones en caliente: cuando el Estado actúa al margen de la ley* [Informe jurídico]. Madrid: E-prints Complutense. Disponível em <http://eprints.ucm.es/25993/>
- Martinez, G. P-B. (1999). *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*. Madrid: Boletín Oficial Del Estado/Universidade Carlos III de Madrid.
- Martins, B. S. (2015). “Violência Colonial e Testemunho”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 106.
- Marx, K; Bensaïd, D. (2015). *Contra el expolio de nuestras Vidas. Una defensa del derecho a la soberanía energética, a la vivienda y a los bienes comunes*. 1ª. ed. Madrid: Errata Naturae editores.
- Mastrandrea; White, L.L. (2014). *Contribución del Grupo de trabajo II al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático: Cambio climático 2014: Impactos, adaptación y vulnerabilidad-Resumen para responsables de políticas*. Ginebra, Suiza: Organización Meteorológica Mundial. Disponible en http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg2/ar5_wgII_spm_es.pdf
- Mate, R. (2011). *Tratado de la injusticia*. Barcelona: Anthropos.
- Mayer, A. E. (1999). “The Cairo Declaration on Human Rights in Islam”. En *Islam and Human Rights*. Colorado: Westview Press.
- Mayer, B. (2014). “The ‘Magic Circle’ Of Rights Holders. Human Rights’ Outsiders”. En Singh, P.; Mayer, B. (eds.) *Critical International Law*, Oxford University Press 2014.
- Mbaya, E.R. (1989). “Symétrie entre droits et devoirs dans la Charte Africaine des Droits de l’Homme”. En Meyer-Bisch, P. (Dir.), *Les devoirs de*

- l'Homme. De la reciprocité dans les droits de l'homme*, Paris: Editions Universitaires, Fribourg Suisse-Editions du CERF.
- McCorquodale, S. (2014). "Group Rights". En Moeckli, D.; Shah, S.; Sivakumar (eds.), *International Human Rights Law* 3, 333.
- McLuhan, M. (1964). *Understanding Media: The Extensions of Man*. Nueva York: McGraw Hill.
- Mendes, J. M. y Araújo, P. (2013) (orgs.). *Os lugares (im) possíveis da cidadania. Estado e risco num mundo globalizado*. Coimbra: Almedina.
- Mendes, J. M.; Seixas, A. M. (2005). "Acção colectiva e protesto em Portugal: Os movimentos sociais ao espelho dos media (1992-2002)", *Revista Crítica de Ciências Sociais: Acção Colectiva, Protesto e Cidadania*, 72.
- Mendéz, J. E (1997). "Accountability for past abuses", *Human Rights Quarterly*, vol. 19, n. 2, may.
- Mendoza, P.A., Montaner, C.A. & Vargas Llosa, Á. (1996). *Manual del perfecto idiota latinoamericano*. México: Plaza & Janés.
- Michalopoulos, C. (2017). "Millennium Aid, Trade and Development", *Aid, Trade and Development*. Palgrave Macmillan.
- Mignolo, W. (2011). *Historias locales/diseños globales. Colonialidades, conocimientos subalternos y pensamiento fronterizo*. Madrid: Akal
- Miguel, L. F. (2014). "Consenso e conflito na teoria democrática: para além do 'agonismo'", *Lua Nova*, n 92.
- Milan, S. (2013). *Social Movements and their technologies*. Londres: Palgrave.
- Mintz, J; Allen, M. (8 de febrero de 2002). "Bush Shifts Position on Detainees", *The Washington Post online*. Disponible en <https://www.washingtonpost.com/archive/politics/2002/02/08/bush-shifts-position-on-detainees/ae3e49c6-0db0-4b5b-a646-afb34c1>
- Moisés Martín, J. (2018). "No miremos a otro lado", *EL PAÍS*, miércoles 24 de enero de 2018.
- Momtaz, D. (2017). "*Jus Cogens: ne sort jamais du garage*". En Ascencio, H. et al (eds. académicos). *Dictionnaire des idées reçues en droit international, ... En clin d'oeil amical à Alain Pellet*. Paris: Ed. Pedone, Paris.
- Momtaz, D. (2017). "L'obligation de ne pas prêter aide ou assistance au maintien d'une situation créée par la violation d'une norme impérative du droit international général", *ACDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 10.
- Momtaz, D. (31 de 03 de 2000). La "intervención humanitaria de la OTAN" en Kosovo y la prohibición de recurrir a la fuerza. Obtenido de CICR: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdnwn.htm>
- Montserrat Galceran, H. (2016). *La bárbara Europa-una mirada desde el postcolonialismo y la descolonialidad*. Madrid: Traficantes de Sueños.

- Moreno Reyes, M.F.A. (alias Cantinflas). 1967. Su Excelencia. Discurso completo disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=n50Ns9j0SrU&t=18s>[consulta: 3 de abril de 2018].
- Moreno, M; Chagas, C; Siman, M. (2012). “Trapped Between Many Worlds: A Post-Colonial Perspective on the UN Mission in Haiti (MINUSTAH)”, *International Peacekeeping*, vol. 19.
- Morozov, E. (2015). *La locura del solucionismo tecnológico*. Madrid: Clave Intelectual.
- Morrison, W. (2012). *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*. Tradução de Alejandro Piombo. Barcelona: Anthropos Editorial; Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona (OSPDH).
- Morsink, J. (1984), “The Philosophy of the Universal Declaration”, *Human Rights Quarterly*, vol. 6.
- Morsink, J. (1999). *The Universal Declaration of Human Rights: origins, drafting, and intent*. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press.
- Mouffe, C. (2005). *On the Political*. London: Routledge.
- Mouffe, C. (2005). *The democratic paradox*. Londres: Verso.
- Moyn, S. (2010). *The last utopia: human rights in history*. Cambridge, MA/ London: Harvard University Press.
- Moyn, S. (2010). The Last Utopia: Human Rights in History. En *History*. Harvard: Belnap Press.
- Moyn, S. (2014), “A Powerless Companion: Human Rights in the Age of Neoliberalism”, *Law & Contemporary Problems*, n. 77.
- Mulhal, S.; Swift, A (1996). *Liberals and Communitarians*. Oxford: Clarendon.
- Munro, M; Shilliam, R. S. (2011). “Alternative Sources of Cosmopolitanism: Nationalism, Universalism and Créolite’ in Francophone Caribbean Thought”. En Shilliam, R.S. (ed.), *International Relations and Non-Western Thought: Imperialism, Colonialism and Investigations of Global Modernity*. London: Routledge
- Mutua, M (2001). Savages, Victims and Saviors. The Metaphor of Human Rights. *Harvard International Law Journal*, n. 42.
- Naranjo Giraldo, G. E. (2014) “Desterritorialización de fronteras y externalización de políticas migratorias. Flujos migratorios irregulares y control de las fronteras exteriores en la frontera España-Marruecos”, *Estudios Políticos*, n. 45, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia.
- Ngcoya, M. (2015). “Ubuntu: Toward an Emancipatory Cosmopolitanism?”, *International Political Sociology*, n. 9 (3).
- Offe, C. (1984). *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

- Opshal, T. (1992). "Articles 29 and 30. The Other Side of the Coin", En Eide, A.; Alfredsson, G.; Melander, G.; Rehof. L.A. and Rosas, A. (eds.): *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary*, Oslo: Scandinavian University Press.
- Oráa, J.; Gómez Isa, F. (1997). *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Un breve comentario en su 50 aniversario*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Orakhelashvili, A. (2008). *Peremptory norms in International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Orjuela Escobar, L.J. (2012). "La naturaleza de la teoría social y política. Interpretación e imaginación social". En S. Zubiría y M. Ochoa, *En busca del lugar de la Teoría. Conversaciones interdisciplinarias en las ciencias sociales*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales-CESO.
- Ousset, J. (1963). *Marxismo Leninismo*. Buenos Aires: Edit. Icton, Buenos
- Ozoke, V (2014). "The Imperialism of Rights: Tracing the Politics and History of Human Rights". *American International Journal of Contemporary Research*, vol. 4, n. 12.
- Pahuja, S. (2011). *Decolonising International Law: Development, Economic Growth and the Politics of Universality*. Cambridge University Press.
- Paige, T. P. (2017). The maintenance of heteronormativity. In D. Otto (Ed.), *Queering International Law. Possibilities, Alliances, Complicities, Risks*. New York: Routledge.
- Parekh, B. (1999) "Non-Ethnocentric Universalism". En Dunne, T.; Wheeler, N.J. (orgs.), *Human Rights in Global Politics*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Parekh, B. (2000) *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory*. London: Mc Millan.
- Parenti, P (2010). "The Prosecution of International Crimes in Argentina". *International Criminal Law Review* 10, Martinus/Nijhoff Publishers.
- Paris, R. (2002). "International Peacebuilding and the Mission Civilisatrice", *Review of International Studies*, vol. 28, n. 4.
- PAX (2014) El lado oscuro del carbón. La violencia paramilitar en la zona minera del Cesar, Colombia Revisado el 9 de abril de 2018. Obtenido en: <https://paxencolombia.org/wp-content/uploads/2016/11/PAX-el-lado-oscuro-del-carbon-v3.pdf>
- PAX (2016) Democracia vale más que el Oro: El proyecto minero La Colosa y el Derecho ciudadano a la Participación" Revisado el 9 de abril de 2018. Obtenido en: https://paxencolombia.org/wp-content/uploads/2016/10/PAX_REPORT_Democracia.pdf

- Payne, M. (1995). *Teorías contemporáneas del trabajo social: Una introducción crítica*. Ediciones Paidós; Edición: Translation.
- Pellet, A. (2006). "Conclusions". En Tomuschat, C.; Thouvenin, J-M. (eds). *The Fundamental rules of the International Legal Order, Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- Peña, F. J. (2003). *Hermanos y enemigos. Liberalismo y relaciones internacionales*. Madrid: Los libros de la Catarata.
- Pierucci, A. F. (1997). "Reencantamento e dessecularização: a propósito do auto-engano em sociologia da religião". *Novos estudos*, n. 49. São Paulo: CEBRAP.
- Pikaza, X. 2004. *Violencia y Diálogo de Religiones. Un Proyecto de Paz*. Santander: Sal Terrae.
- Pinheiro, P. S. (2008). "Os sessenta anos da Declaração Universal: Atravesando um mar de contradições". *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, n. 9. Disponible en http://www.producao.usp.br/bitstream/handle/BDPI/6825/art_PINHEIRO_Os_sessenta_anos_da_Declaracao_Universal_atravesando_2008.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Piovesan, F. (2006). *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Editora Saraiva.
- Piovesan, F. (2007). *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 8. ed. São Paulo: Saraiva.
- Piovesan, F. (2012). *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Editora Saraiva.
- Piovesan, F.; Gotti, A. P.; Martins, J. S. (2004). "A Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais". En Lima Jr, J. B. (org.): *Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais*. Recife: Plataforma Interamericana de Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento
- Pisarello, G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta.
- Ponce Martínez, C. F. (2001-2002). *La Declaración Universal de Derechos Humanos. Naturaleza Jurídica y Aplicación por los Órganos Judiciales Internos*. Disponible en www.Dialnet-LaDeclaracionUniversalDeDerechosNaturalezaJ-831275.pdf
- Prada Ardila R. A. (2012) "La Lucha por la Defensa del Páramo de Santurbán" en Toro Perez C. y otros (eds) *Minería, territorio y conflicto en Colombia* Universidad Nacional de Colombia-Instituto Unidad+ de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina. Bogot
- Prieto Rios, E. (2015). "Neoliberal Market Rationality: The Driver Of International Investment Law", *Birkbeck Law Review* 3.

- Proner, C.; Cittadino, G.; Ramos Filho, W.; Tenembaum, M. (Orgs.) (2016). *A resistência ao golpe de 2016*. Bauru: Canal 6.
- Proner, C.; Garvín, P.; Guitiérrez, V. et al (2008). *Reinventemos los Derechos Humanos: Aportaciones a la memoria y a la obra de Joaquín Herrera Flores*. Sevilla: Atrapasueños.
- Puyol, A. (2008). “Drets Humans i multiculturalisme”. *An international journal of theoretical and practical reason*, n. 40, Enrahonar.
- Quetelet, A. (1835). *Sur l’homme et le développement de ses facultés*. Paris: Fayard.
- Quijano, A. (2000). *Coloniality of power, eurocentrism and Latin America*. Neplanta: Views South, 1(3).
- Quijano, A. (2005). “Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina”. En *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO.
- Rabaka, R. (2015). *The Negritude Movement: W.E.B. Du Bois, Leon Damas, Aime Cesaire, Leopold Senghor, Frantz Fanon, and the Evolution of the Insurgent Idea*, Boulder: Lexington Books.
- Rajagopal, B. (1999). “Corruption, legitimacy and human rights: The dialectic of the relationship”, *Connecticut Journal of International Law*, (14).
- Rajagopal, B. (2000). “Human Rights and development: Legal and policy issues with special reference to dams”. Report submitted to the World Commission on Dams, *Thematic Review*, vol. 4.
- Ramos, A. de C. (2005). *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Ramos, A. de C. (2016). *Processo Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Saraiva.
- Rees, M. 2008. Entrevistado por Eduardo Punset. En *Redes Programa 256: Fin del Mundo*.
- Renkin, L. (2000). “Human Rights: Ideology and Aspiration, Reality and Prospect”. En Power, S.; Allison, G. (eds.) *Realizing Human Rights*. New York: St. Martin’s Press.
- Renteln, A. D. (2013). *International Human rights: universalism versus relativism*. Quid Pro Books.
- Rex, J. (2001). “The concept of multicultural society”. En Guibernau, M.; Rex, J. (eds), *The Ethnicity Reader, Nationalism, Multiculturalism and Migration*, Cambridge: Polity Press.
- Ricobom, G. (2010). *Intervenção humanitária: a guerra em nome dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum.
- Riedel, E. (2002). “Article 55(c)”, En Simma, B. (Ed.) *The Charter of the United Nations. A commentary*, New York: OUP.
- Rieff, D. (2003). *Una cama por la noche. El humanitarismo en crisis*. Madrid: Ed. Taurus.

- Riquelme Cortado, R. (2005). *Derecho Internacional. Entre un orden global y fragmentado*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- Riquelme Cortado, R. (2014). “Entrada en vigor de los Protocolos Facultativos del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de la Convención sobre los Derechos del Niño relativos a un procedimiento de comunicaciones”, *Revista Española de Derecho Internacional*. vol. LXVI (2).
- Rist, G. (2002). *El desarrollo: historia de una creencia occidental*. Madrid: Cataratas.
- Roberts, M. (2016). *The Long Depression: How It Happened, Why It Happened, and What Happens Next*. Chicago: Haymarket Books.
- Robin, M. M. (2005) *Los Escuadrones de la Muerte: la escuela francesa*, Buenos Aires: Edit. Sudamericana.
- Robinson, M. (1998). Entrevista concedida a *EL PAIS*, 16 de febrero de 1998.
- Rocha Herrera, M. (2000). *Legal Hermeneutics and Emerging Customary Norms in International Law, with particular focus on Values of Humanity* (tesis doctoral), The University of Warwick, Coventry, United Kingdom.
- Rodley, N. (1987). *The Treatment of Prisoners under International Law*. Oxford: Oxford Clarendon Press.
- Rosanvallón, P. (2013). *La sociedad de los iguales*. Barcelona: RBA.
- Rosenfeld, M. (1999). “Can Human Rights Bridge the Gap between Universalism and Cultural Relativism-A Pluralist Assessment Based on the Rights of Minorities”, *Columbia Human Rights Law Review*, 30(2).
- Roxin, C. (1985). “Voluntad de Dominio de la Acción Mediante Aparatos de Poder Organizados”, traducción de Carlos Elbert, Depalma, año 8, Buenos Aires: Doctrina Penal.
- Rubio, C. R. (2003). “Comisiones Rogatorias para la obtención de pruebas. Problemas de validez de las pruebas obtenidas en el extranjero: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español”, *Estudios Jurídicos*, n. 3, Madrid: Ministerio Fiscal.
- Sabariego, J. (2007). *Los otros derechos humanos. Cultura, política y movimientos sociales*. Sevilla: Atrapasueños.
- Sabariego, J. (2017). “Tecnopolítica y Recientes Movimientos Sociales Globales: Cuestiones Preliminares para un estudio de caso español y portugués”. En Santos, B. de S.; Mendes, J. M. (eds.). *Demodiversidad. Imaginar nuevas posibilidades democráticas*. Madrid: Akal.
- Said, E. (1990). *Orientalismo: o Oriente como invenção do Ocidente*. São Paulo: Companhia das Letras.
- Samir, S. K. (2003). Cien Preguntas sobre el Islam. Entrevista a Samir Khalil Samir. Madrid: Ediciones Encuentro.

- Santos, B. de S. (1997) “Una concepción multicultural de los Derechos Humanos”. *Revista Memoria*, n. 101.
- Santos, B. de S. (2000). *Crítica da razão indolente*. São Paulo: Cortez.
- Santos, B. de S. (2004). “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”. En Dins Gómez, F., & Pureza, J (eds.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Santos, B. de S. (2005). “Desigualdad, exclusión y globalización: Hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia”. En *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*. Madrid: Trotta.
- Santos, B. de S. (2006). *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez Editora.
- Santos, B. de S. (2007). “Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes”, *Novos Estudos CEBRAP*. On-line version. n. 79.
- Santos, B. de S. (2008). *Conocer desde el Sur. Para una cultura política emancipatoria*. Buenos Aires: CLACSO.
- Santos, B. de S. (2009). *Pensar el Estado y la Sociedad: Desafíos Actuales*. (1ª Ed.) Buenos Aires: Waldhuter Editores.
- Santos, B. de S. (2013). *Direitos Humanos, democracia e desenvolvimento*. São Paulo: Cortez.
- Santos, B. de S. (2013/2014). *Se Deus Fosse Um Ativista dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina.
- Santos, B. de S. (2014). *Direito dos Oprimidos: sociologia crítica do direito*, parte 1. São Paulo: Cortez editora.
- Santos, B. de S. (2015). “Las revueltas mundiales de indignación: su significado para la teoría y para la práctica”. En Exeni, J. L. (ed.). *Revueltas de indignación y otras conversas*. La Paz: Stigma.
- Santos, J. (2012). *El cuarto pilar. Un nuevo relato para los servicios sociales*. Madrid: Paraninfo.
- Santos, M. (2000). *Por uma outra globalização*. Rio de Janeiro: Record.
- Saura Estapà, J. (2013). “La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)”. En Bonet Pérez, J.; Saura Estapà, J. (eds.) *El Derecho internacional de los derechos humanos en períodos de crisis. Estudios desde la perspectiva de su aplicabilidad*. Madrid: Marcial Pons.
- Schabas, W. A. (2015). *The European Convention on Human Rights: a commentary*, Oxford University Press.
- Schmitt, C (1963). *Teoría del Partisano. Observaciones al Concepto de lo Político*. Traducido de la 1ª Edición de 1963 por Denes Martos.
- Schmitt, C. (2009). *El concepto de lo político*. Madrid: Alianza.

- Seddon, P. J. et al. (2014). "Reversing defaunation: Restoring species in a changing world". *Science*, v. 345, n. 6195. Disponible en https://www.ecoevol.ufg.br/up/102/o/2014_Seddon_et_al_Science.pdf
- Sen, A. (2008). *Identidad y violencia. La ilusión del destino*. Buenos Aires: Katz.
- Settembrini, D. (1998). "Reformismo". En Bobbio, N; Matteucci, N; Pasquino, G. *Dicionário de política* 1 ed., vol. 2. Brasília: Editora Universidade de Brasília.
- Shaw, M. N. (1991). *International Law*. 3rd ed. Cambridge: Grotius Publications Ltd.
- Shelley, L. (2014). *Human smuggling and trafficking into Europe. A comparative perspective*. Ed. Migration Policy Institute.
- Sierra Caballero, F. (2011). "Ciudadanía y espacio público. Una lectura crítica de los derechos humanos como cultura de cambio social". En *Reinventemos los Derechos Humanos*, 1. Ed., Sevilla: Atrapasueños.
- Sierra, F. (2013). *Ciudadanía, Tecnología y Cultura. Nodos conceptuales para pensar la nueva mediación digital*. Barcelona: Gedisa.
- Sierra, F. y Gravante, T. (2017). *Tecnopolítica en América Latina y el Caribe*. Quito: CIESPAL.
- Simms, B.; Trim, D, JB (2011) (eds.). *Humanitarian intervention: a history*. Cambridge University Press
- Soto Ivars, J. (2017). *Arden las redes*. Barcelona: Debate.
- Souza, J. (2003). "A Gramática Social da Desigualdade Brasileira". *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 19 (54).
- Souza, J. (2017). *A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato*. Rio de Janeiro: Leya.
- Spielmann, D. (2009). "Recent trends in the case-law of the European Court of Human Rights: is the Universal Declaration of Human Rights obsolete?", *Bulletin des droits de l'homme*, n. 14.
- Spigno I. (2013). *La valorizzazione dell'identità culturale nell'ordinamento giuridico italiano, tra esigenze di tenuta del sistema costituzionale e il riconoscimento di un diritto alla diversità*, Italia.
- Sreenivasa, Rao, P. (2004). "Multiple International Judicial Forums: A Reflection of the Growing Strength of International Law or its Fragmentation?", *Michigan Journal of International Law*, n. 25 (4).
- Standing, G. (2016). *The Precariat. A dangerous new class*. Londres: Bloomsbury.
- Stern, J. (2016). THE U.N. SECURITY COUNCIL'S ARRIA-FORMULA MEETING ON VULNERABLE GROUPS IN CONFLICT: ISIL'S TARGETING OF LGBTI INDIVIDUALS. *New York University Journal of International Law and Politics*, 48, 1191.

- Stoler, A. L. (2008). "Imperial Debris: Reflections on ruins and ruination", *Cultural Anthropology*, n. 23(2).
- Strange, S. (1983). Cave! hic dragones: a critique of the regime analysis. *International Regimes*, 337-354.
- Szurek, S. (2005). "La Charte des Nations Unies. Constitution mondiale?". En Cot, J.-P.; Pellet, A.; Forteau, M.: *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, vol. I, 3ème Ed. Paris: Económica.
- Taylor, C. (1997). *As fontes do self: a construção da identidade moderna*. São Paulo: Loyola.
- Taylor, C. (2001). *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Taylor, C.H. (1991) *The Malaise of Modernity*. Cambridge, Harvard University Press.
- Teitel, R. (2003). "Transitional Justice Genealogy", *Harvard Human Rights Journal*, vol. 16, Cambridge: Harvard Law School.
- Tesón, R. F. (1996). *Humanitarian Intervention. In Inquiry into Law and Morality*. NY: Transnational Publishers.
- The Guardian (2017). Who are the Rohingya and what is happening in Myanmar? Disponible en: <https://www.theguardian.com/global-development/2017/sep/06/who-are-the-rohingya-and-what-is-happening-in-myanmar>
- Thirlway, H.W.A. (1972). *International Customary and Codification. An Examination of the Continuing Role of Custom in the Present of Codification of International Law*. Leiden: A.W. Sijthoff.
- Todorov, T (2002). *Memoria del mal y tentación del bien. Indagación sobre el siglo XX*, Barcelona: Península/HCS.
- Touraine, A. (2000). *Crítica de la modernidad*. Bixio, A.L (trad), 2ª ed., 3ª reimp, México: Fondo de Cultura Económica.
- Touraine, A.(1985). "An introduction to the study of the social movements", *Social Research*, 52 (4).
- Traoré, M.; Le Dantec, B. (2012). "Dem ak Xabaar". *Partir et raconter. Récit d'un clandestin africain en route vers l'Europe*. Paris: Editions Lignes.
- Triffterer, O. (2016). *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, third edition. Nomos.
- Trotta, T. (2017). "Oito homens possuem a mesma Riqueza que a metade mais pobre da humanidade". *El País*, Brasil, 16.01.2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/13/economia/1484311487_191821.html.
- Tutu, Desmond. The Slow Genocide Against the Rohingya. Discurso dado en Oslo en mayo 29, 2015. Disponible en: <http://www.tutufoundationusa.org/2015/05/29/desmond-tutu-the-slow-genocide-against-the-rohingya/>
- Tylor, E. (1977). *Cultura Primitiva*. Madrid: Ayuso.

- Uceda, P. (2017). La ciudad desequilibrada. El Derecho a la Ciudad en los barrios vulnerables de Madrid.
Retrieved from <http://eprints.ucm.es/42546/1/T38942.pdf>
- Ueta, A. S. I. (2006). *Intervenções Humanitárias: um debate introdutório sobre as críticas e sobre as justificativas morais*. Dissertação (Mestrado em Ciência Política)-Faculdade Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponible en <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-07082006-135211/pt-br.php>
- Ugarte, P. S. (2013). “El nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (una perspectiva crítica)”. Pérez, L. R. G.; Valadés, D. (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*. México: UNAM.
- Uppsala Conflict Data Program. Datos obtenidos el 07 de abril de 2017 Disponible en: <http://ucdp.uu.se/#country/620>
- Ushakova, T. (2014). “La cooperación de las organizaciones internacionales para la promoción de los estándares laborales en el contexto de la crisis: el papel de la OIT”, *Revista de información laboral*, n. 4.
- Vasak, K. (1984). Los derechos humanos como realidad legal. España: Karel Basak.
- Ventura, M. (1996). “El valor de la declaración universal de los derechos humanos”. En: Trindade, A. A. C. (Ed.), *The Modern World of Human Rights-El mundo moderno de los derechos humanos: Essays in Honour of Thomas Buergenthal/Ensayos en Honor de Thomas Buergenthal*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Verwey, W. (1992). *Legality of humanitarian intervention after the cold war*. En Ferris (ed.).
- Villa, E. (2009). *Saberes procritos: investigación, militancia y trabajo social comunitario en tiempo de malestares*. Presented at the XI Congreso de Trabajo Social, Zaragoza.
- Villán Durán, C. (2002). *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*. Madrid: Trotta.
- Wallerstein, I. (1974). *The Modern World-System*, vol. 1. New York: Academic Press.
- Wallerstein, I. (1992). *Geopolitics and Geoculture, Essays on the Changing World System*, Cambridge University Press.
- Wallerstein, I. (1998). *A reestruturação capitalista e o sistema mundial*. São Paulo: Perspectivas.
- Wallerstein, I. (2007). *O Universalismo Europeu*. São Paulo: Boitempo.
- Wark, J. (2013). *The Human Rights Manifesto*, Zero Books. Disponible en <http://www.warscapes.com/reviews/human-rights-neoliberal-era>

- Werle, G (2009). *El enjuiciamiento jurídico penal del pasado nacionalsocialista en Alemania*. Conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 19 de noviembre de 2009.
- Werle, G (2009). *La superación jurídico penal de los injustos de la República Democrática Alemana*. Conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el 20 de noviembre de 2009.
- Werle, G.; Jessberger, F. (2014). *Principles of International Criminal Law*. Oxford University Press.
- Wilder, G. (2005). *The French Imperial Nation-State. Negritude and Colonial Humanism Between the two World Wars*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Wojcikiewicz Almeida, P. (2018). “L’affaire des immunités juridictionnelles de l’Etat (Allemagne c. Italie): la Cour Internationale de Justice à contresens de l’évolution du droit international”, *ACDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 11.
- Zaffaroni, E. R. (2007). “Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina. Situación regional”, en *Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina*. México: Porrúa.
- Zaffaroni, E. R. (2009) “El Crimen de Estado como Objeto de la Criminología”. *Derecho y Barbarie*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires.
- Zapata Barrero, R. y Zaragoza Cristian, J. (2008). “Externalización de las políticas de inmigración en España: ¿giro de orientación política en la gestión de fronteras y de flujos migratorios?”, *Panorama Social*, n. 8.
- Zyl, P. V. (2009). “Promovendo a Justiça de Transição em sociedades pós-conflito”, *Revista da Anistia política e Justiça de Transição*, n. 01, Brasília, jan.-jul.

Índice de Documentos

- A/63/677. (2009). Implementing the responsibility to protect, Report of the Secretary-General. Nueva York: ONU.
- Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], n. 35763/97, 21/11/2001.
- Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland* [GC], n. 5809/08, 21/06/2016.
- Al-Hewar Center (1999). Universal Islamic Declaration of Human Rights (1981), London: Islamic Council. Disponible en <http://www.alhewar.com/ISLAMDECL.html>
- Anistia Internacional (2015/6). Informe “o estado dos direitos humanos no mundo”. Disponible em: https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2016/02/Informe2016_Final_Web-1.pdf
- Asamblea General de las Naciones Unidas (1946). Resolución 43/I de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 11 de diciembre de 1946, Doc. A/234.
- Asamblea General de las Naciones Unidas (1996). Resolución A/50/107. 96ª sesión plenaria. 20 de diciembre de 1996
- Asamblea General de las Naciones Unidas (1997). Resolución A/RES/51/240 103ª.ª Sesión plenaria. 20 de junio de 1997
- Asamblea General de las Naciones Unidas (2004). *UN Doc. A/ES-10/273. Baybaşın v. the Netherlands*, n. 13600/02, 06/07/2006.
- Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* [GC], n. 45036/98, 30/06/2005.
- Catan and Others v. the Republic of Moldova and Russia* [GC], ns. 43370/04 and 2 others, 19/10/2012.
- Comité de Derechos Humanos. (1988). Observación general No. 16 (Derecho al respeto de la vida privada, la familia, el domicilio y la correspondencia, y protección contra ataques ilegales a la honra y la reputación).
- Comité Internacional de la Cruz Roja (1949). *Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, La Haya. Disponible en <https://www.icrc.org/spa/assets/files/publications/convenios-gva-esp-2012.pdf>
- Conferencia Islámica (1997). Resolución 50/8-P (IS), de 11 de diciembre de 1997, aprobada por la Octava Reunión de la Cumbre de la Conferencia Islámica, celebrada en Teherán. *Cfr.* Doc. A/53/72, S/1998/156, de 27 de febrero de 1998.
- Conferencia Islámica (1997). Resolución 51/8-P (IS), de 11 de diciembre de 1997, aprobada por la la Octava Reunión de la Cumbre de la Conferencia Islámica, celebrada en Teherán. *Cfr.* Doc. A/53/72, S/1998/156, de 27 de febrero de 1998.

- Conferencia Islámica (1997). Resolución 56/8-P (IS), aprobada el 11 de diciembre de 1997 por la Octava Reunión de la Cumbre de la Conferencia Islámica, celebrada en Teherán. *Cfr.* Doc. A/53/72, S/1998/156, de 27 de febrero de 1998.
- Consejo Económico y Social (2005). Comisión de Derechos Humanos. Informe del equipo especial de alto nivel sobre el ejercicio del Derecho al Desarrollo acerca de su 2ª. reunión. E/CN.4/2005/WG.18/TF/3. 8 de diciembre de 2005.
- Conselho de Segurança das Nações Unidas (2004). The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies. New York: Report of the Secretary-General to the Security Council, 23 August 2004, S/2004/616.
- Conselho de Segurança das Nações Unidas (2011). The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies. New York: Report of the Secretary-General to the Security Council, 12 October 2011, S/2011/634.
- Corte Constitucional (1992) Sentencia C-478 de 06 de agosto de 1992
- Corte Constitucional (1993) Sentencia C-004 de 14 de enero de 1993
- Corte Constitucional (1997) Sentencia C-346 de 22 de julio de 1997
- Corte Constitucional (1997) Sentencia SU-111 de 06 de marzo de 1997
- Corte Constitucional (2003) Sentencia C-1036 de 05 de noviembre de 2003
- Corte Constitucional (2003) Sentencia C-1062 de 11 de noviembre de 2003
- Corte Constitucional (2003) Sentencia C-653 de 05 de agosto de 2003
- Corte Constitucional (2003) Sentencia T-277 de 02 de abril de 2003
- Corte Constitucional (2006) Sentencia T-558 de 18 de julio de 2006
- Corte Constitucional (2008) Sentencia T-585 de 12 de junio de 2008
- Corte Constitucional (2016) Sentencia C-221 de 04 de mayo de 2016
- Corte Constitucional (2016) Sentencia C-272 de 25 de mayo de 2016
- Corte Constitucional (2016) Sentencia C-389 de 27 de julio de 2016
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). *Caso Yatama*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127
- CPI. (2011). Situation in the Libyan Arab Jamahiriya. Warrant of Arrest for Saif Al-Islam Gaddafi
- Cudak v. Lithuania* [GC], n. 15869/02, 23/03/2010.
- Chahal v. The United Kingdom* [GC], n. 22414/93, 15/11/1996.
- Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) UN. Doc. Res 217A (III) 10 de diciembre de 1948
- Demir and Baykara v. Turkey* [GC], n. 34503/97, 12/11/2008.
- Fogarty v. the United Kingdom* [GC], n. 37112/97, 21/11/2001.
- Glaser v. Germany*, n. 9228/80, 28/08/1986.
- Golder v. The United Kingdom*, n. 4451/70, 21/02/1975.
- Human Rights Watch (2000). Burma. Report. Disponible en:

- https://www.hrw.org/reports/2000/burma/burm005-02.htm#P132_34464
- Johnston and Others v. Ireland*, n. 9697/82, 18/12/1986.
- Kosiek v. Germany*, n. 9704/82, 28/08/1986.
- Lithgow and Others v. The United Kingdom*, ns. 9006/80 and 6 others, 08/07/1986.
- Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* [GC], n. 18030/11, 08/11/2016.
- Maire v. Portugal*, n. 48206/99, 26/06/2003.
- Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], ns. 46827/99 and 46951/99, 04/02/2005.
- OHCHR. (2017) Mission report of OHCHR rapid response misión to Cox's Bazar, Bangladesh. Disponible
- Organización de las Naciones Unidas (1946). *Resolución 43/I de la Asamblea General de 11 de diciembre de 1946*, Doc. A/234, p. 1.
- Organización de las Naciones Unidas (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Paris: ONU. Disponible en http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf
- Organización de las Naciones Unidas (1966). *Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966*, Ginebra. Disponible en <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/S-gencom32.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas (1966). *Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966*, Ginebra. Disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>
- Organización de las Naciones Unidas (1968). Proclamación de Teherán. Doc A/CONF.32/41. 13 de mayo de 1968.
- Organización de las Naciones Unidas (1969). *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Viena: ONU. Disponible en http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf.
- Organización de las Naciones Unidas (1987). Recueil des traités, vol. 1155.
- Organización de las Naciones Unidas (1993). Declaración y el Programa de Acción de Viena (1993). Doc. A/CONF/157/24. 13 de octubre de 1993.
- Organización de las Naciones Unidas (1993). *Report of the World Conference on Human Rights*, UN Doc. A/CONF.157/24 (Part I).
- Organización de las Naciones Unidas (1993b). *Vienna Declaration and Programme of Action*. Doc. UN Doc. A/CONF.157/23. Disponible en <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>
- Organización de las Naciones Unidas (1994). Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD): *Informe sobre Desarrollo Humano 1994*, México y Nueva York: PNUD-Fondo de Cultura Económica.

- Organización de las Naciones Unidas (2008). *Statement by Ms. Louise Arbour, High Commissioner for Human Rights to the Open-ended Working Group on an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Fifth session, Salle XII, Palais des Nations, Monday 31 March 2008, disponible en <http://www.unhcr.ch/hurricane/hurricane.nsf/view01/56935B5FB6A5B376C12574250039EAE0?opendocument>
- Organización de los Estados Americanos (1978). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, n. 36, 1144, entrada en vigor 18 de julio de 1978, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.
- Organización Internacional del Trabajo. Cláusulas laborales en los acuerdos comerciales: tendencias recientes y pertinencia para la OIT, Oficina Internacional del Trabajo, 29 de septiembre de 2016.
- Petrovlovskis v. Latvia*, n. 44230/06, 13/01/2015.
- Rantsev v. Cyprus and Russia*, n. 25965/04, 07/01/2010.
- Saadi v. the United Kingdom* [GC], n. 13229/03, 29/01/2008.
- Sabeh El Leil v. France* [GC], n. 34869/05, 29/06/2011.
- Salah v. the Netherlands*, n. 8196/02, 06/07/2006.
- Sigurður A. Sigurjónsson v. Iceland*, n. 16130/90, 30/06/1993.
- Slivenko and Others v. Latvia* (dec.) [GC], n. 48321/99, 23/01/2002.
- Sørensen and Rasmussen v. Denmark* [GC], ns. 52562/99 and 52620/99, 11/01/2006, § 54.
- Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* [GC], ns. 34044/96 and 2 others, 22/03/2001.
- Sylla v. the Netherlands*, n. 14683/03, 06/07/2006.
- Toonen v Australia, No. Communication No. 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (UN Human Rights Committee, 31 March 1994).
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos-Jurisprudencia:
- UNCTAD (2017). Trade and Development Report, 2017: Beyond Austerity-Towards a Global New Deal.
- United Nations, Department of Economic and Social Affairs, P. D. (2014). World Urbanization Prospects. United Nations, 12, 32.
- United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights (2011) Human Rights, Sexual Orientation, and Gender Identity. HRC/RES/17/19: June.
- United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights (2012) Born Free and Equal: Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law. New York/Geneva: United Nations. <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes.pdf>

- United Nations Office on Genocide prevention and Reponsibility to Protect. (8 de 4 de 2018). United Nations. Obtenido de <http://www.un.org/en/genocideprevention/about-responsibility-to-protect.html>
- UNODC (2011). Smuggling of migrants. A global review and annotated bibliography of recent publications. New York: Ed. United Nations
- UNSC. (2011) Resolución 1970. S/RES/1970 (2011)
- UNSC. (2011) Resolución 1973. S/RES/1973 (2011). P. 4-5
- Vilvarajah and others v. The United Kingdom*, ns. 13163/87 and 4 others, 30/10/1991.
- Witold Litwa v. Poland*, n. 26629/95, 04/04/2000.
- Young, James and Webster v. The United Kingdom*, ns. 7601/76 and 7806/77, 13/08/1981.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*



www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

 96 369 41 51

 www.tirantonline.com