

A close-up, high-contrast photograph of a human eye. The iris is a deep, dark color, and within it, a reflection of the Earth is visible, showing continents and oceans. The eye is looking slightly to the right. The background is a dark, textured surface, possibly skin or fabric, with some shadows and highlights.

**PASSADO,
PRESENTE E
FUTURO DOS
DIREITOS
HUMANOS**

APÓS AS
COMEMORAÇÕES
DOS 70 ANOS DA
DECLARAÇÃO
UNIVERSAL DOS
DIREITOS HUMANOS
1948-2018

João Proença Xavier
Cristina Albuquerque
Jacob Simões
Maria Teresa Lopes Cruz
(Coord.)

JOÃO PROENÇA XAVIER Professor Visitante da ULPGC. Professor Doutor em Direitos Humanos |U. Salamanca integrado no CEIS20|U. Coimbra eleito membro suplente da Direcção para o triénio 2020/2023. Coordenador da área da Bioética e Direito Biomédico do IBEROJUR.

CRISTINA PINTO ALBUQUERQUE Professora Auxiliar da FPCE. Investigadora do CEIS20 | U. Coimbra.

A. JACOB SIMÕES Advogado, licenciado pela FDUC. Presidente do CRC da Ordem dos Advogados no Triénio 2016/2019. Presidente do Conselho de Deontologia de Coimbra da Ordem dos Advogados nos triénios de 2008/2013.

MARIA TERESA LOPES CRUZ Mestre em Estudos Anglísticos pela FLUL. Tradutora e revisora de textos científicos de mestrado e doutoramento, com especialização em revisão ortográfica, sintática e semântica.

As memórias da Segunda Guerra Mundial foram o mote para a criação do mais importante tratado de Direitos Humanos alguma vez ratificado pelos povos do planeta. No entanto, após o silêncio que se seguiu a estas comemorações mundiais, e em resposta ao crescente sentimento mundial de insegurança das últimas duas décadas, nasceu e cresceu a presente obra, que visa chamar atenção de TODOS para a necessidade de repestinar as memórias destes escritos de 1948 e neles buscar a refundação da protecção dos Direitos Humanos, com a necessidade do reforço da sua protecção nacional e internacional, atinente à crescente nova busca de tranquilidade, de paz e do direito à “segurança”, conceito lançado pela ONU em 1994 e que se vem desenvolvendo desde as primeiras décadas do Século XXI, tão importante no que toca à Saúde, actualmente posta em risco transversalmente por esta pandemia mundial sem precedentes. Esta Obra é de incontornável leitura para os que se interessam pelo enfoque dos Direitos Humanos e Dignidade da Pessoa Humana, estudados à luz do estado de direito democrático e da responsabilidade internacional dos Estados pela assinatura e ratificação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, e *prima facie* do respeito pelos valores plasmados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA



Diretores Principais
Álvaro Garrido
António Rafael Amaro
João Paulo Avelãs Nunes

Os originais enviados são sujeitos
a apreciação científica por referees.

Comissão Científica
Agnes Szilagyi
Universidade Eötvös Loránd (Budapeste)

Alice Kessler-Harris
Columbia University

Álvaro Garrido
Universidade de Coimbra

Daniel Innerarity
Universidad de Zaragoza

Hipólito de la Torre Gómez
UNED – Madrid

Ioan Horga
Universidade de Oradea – Oradea

Jean Garrigues
Universidade de Orléans

Jorge Alves
Universidade do Porto

Luís Reis Torgal
Universidade de Coimbra

Maria da Conceição Meireles
Universidade do Porto

Maria Luiza Tucci Carneiro
Universidade de São Paulo (Brasil)

Mariano Esteban Vega
Universidade de Salamanca

Maurizio Ridolfi
Università della Toscana (Viterbo)

Rui Cunha Martins
Universidade de Coimbra

Sérgio Campos Matos
Universidade de Lisboa

Edição
Imprensa da Universidade de Coimbra
Email: imprensa@uc.pt
URL: http://www.uc.pt/imprensa_uc
Vendas online: <http://livrariadaimprensa.uc.pt>

Imagem da Capa
via pixabay.com

Infografia
Margarida Albino

Impressão e Acabamento
KDP

ISSN
2183-9840

ISBN
978-989-26-2023-7

ISBN Digital
978-989-26-2024-4

DOI
<https://doi.org/10.14195/978-989-26-2024-4>

© IMPRENSA DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
2021

JOÃO PROENÇA XAVIER
CRISTINA ALBUQUERQUE
JACOB SIMÕES
MARIA TERESA LOPES CRUZ
COORD.

PASSADO, PRESENTE E FUTURO DOS DIREITOS HUMANOS

APÓS AS COMEMORAÇÕES DOS 70 ANOS
DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS
1948-2018



(Página deixada propositadamente em branco)

SUMÁRIO

PREFÁCIO

por Paulo Pinto de Albuquerque11

APRESENTAÇÃO DA OBRA

por João Proença Xavier.....15

I – PASSADO DOS DIREITOS HUMANOS

1. DIREITOS HUMANOS: DO RECONHECIMENTO DO HUMANISMO AO FIM DAS UTOPIAS.
por Cristina Pinto de Albuquerque..... 23
2. MATEMÁTICA HISTÓRICA: 70 + 30 COMO MARCOS INTERNACIONAL E NACIONAL PARA DIREITOS HUMANOS.
por Vanessa R. S. Cavalcanti e António Carlos da Silva 39
3. DE QUE FALAMOS QUANDO FALAMOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS?
por Dora R. Alves e M.^a de Fátima C. T. Monteiro Pacheco61
4. THE NON-DEROGABLE CORE OF CIVIL AND SOCIAL FUNDAMENTAL RIGHTS IN LATIN AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW: ARGENTINA, BOLIVIA, CHILE AND COLOMBIA COMPARATIVE CASE STUDIES.
por Cláudia Ribeiro Pereira Nunes 87

5. PASADO Y PRESENTE DE LOS DERECHOS. por Antonio-Carlos Pereira Menaut	107
----------------------------------------------------------------------------------	-----

II – PRESENTE DOS DIREITOS HUMANOS

6. Os ADVOGADOS E OS DIREITOS HUMANOS. por José A. Jacob Simões.....	143
-------------------------------------------------------------------------	-----

7. REFLEXÕES SOBRE A ESTRATIFICAÇÃO SEXUAL DA MULHER E O SEU DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE DE ESCOLHA LABORAL FRENTE À DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. por Vanessa A. de M. Pedroso e Livia Dias Barros.....	151
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

8. EL PRESENTE DE LOS DERECHOS HUMANOS. ¿QUÉ OCURRE CON EL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA EN ESPAÑA? por Rubén Miranda Gonçalves	171
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

9. LAS MIGRACIONES EN PERSPECTIVA HISTÓRICA CONTEMPORÁNEA. por Pedro Garrido Rodríguez	181
-------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

10. LA REGULACIÓN ESPAÑOLA DE LA ASISTENCIA SANITARIA AL INMIGRANTE EN SITUACIÓN IRREGULAR COMO DESAFÍO A LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS por Laura Miraut Martín.....	203
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

III – FUTURO DOS DIREITOS HUMANOS

11. A BIOÉTICA E O “NOVO” DIREITO HUMANO À SEGURANÇA. por João Proença Xavier.....	223
---------------------------------------------------------------------------------------	-----

12. BIOTECNOLOGÍA, DEPORTE Y EL FUTURO DE LOS DERECHOS HUMANOS. por Elena Atienza Macías	243
13. EL USO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS BIOMÉDICAS EN ARAS A LA DEFENSA DEL DERECHO A LA SALUD por Aitziber Emaldi Cirión	269
14. IGUALDAD, DIVERSIDAD Y DERECHOS HUMANOS: EL DESAFÍO DE CONSTRUIR UNA SO- CIEDAD INCLUSIVA. por Inmaculada Vivas Tesón	295
15. ENTRE A LUZ E AS SOMBRAS – POPULISMO E DIREITOS HUMANOS NO SÉCULO XXI. por Marco Ribeiro Henriques e Daniela serra Castilhos	321

(Página deixada propositadamente em branco)

PREFÁCIO

Paulo Pinto de Albuquerque

Na última década, o sistema europeu de proteção dos direitos humanos viveu um processo de profunda reforma. No epicentro dessa reforma encontra-se o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH). Através da criação do juiz único e do alargamento da competência do comité de três juízes, o Tribunal procurou absorver um número crescente de queixas, sem prejuízo da qualidade do output. Contudo, hoje, o Conselho da Europa vive um momento de crise grave devido à diminuição da contribuição financeira dos Estados membros para o orçamento da instituição, que teve repercussões muito significativas no orçamento do TEDH. Esta crise não é só orçamental, é uma crise de autoridade, pois alguns Estados têm desafiado repetidamente a autoridade do TEDH, recusando implementar os acórdãos proferidos por este Tribunal.

É fundamental que os cidadãos europeus e, em especial, os juristas europeus tenham consciência do contributo importantíssimo que o Conselho da Europa deu para a cultura jurídica europeia e para a defesa da democracia na Europa, bem como dos esforços que o TEDH tem feito para salvaguardar o sistema europeu de direitos humanos. O TEDH é o principal garante da democracia e dos valores dos direitos humanos na Europa. Prova disso foram as recentes decisões que o TEDH tomou relativamente à Turquia e à Rússia. Ao tomar estas

posições muito firmes na defesa da democracia e das liberdades de expressão e associação políticas, o TEDH manteve-se fiel à missão que lhe foi atribuída pelos pais fundadores da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Também em relação a Portugal, o trabalho do TEDH tem trazido importantes mais-valias para os cidadãos, por exemplo, na defesa da sua liberdade, designadamente nos casos de falta dos pressupostos para a aplicação da prisão preventiva, de prazo excessivo para o Tribunal da Relação decidir o recurso da prisão preventiva e, por fim, de insuficiência do regime de indemnização por detenção ilegal. Outro exemplo muito importante é o do reforço das garantias dos cidadãos e das empresas em situações de arbítrio da Administração Pública, nomeadamente da Administração Tributária nos casos de não reembolso atempado de um crédito fiscal judicialmente reconhecido e de execução fiscal por factos de que o executado tinha sido absolvido em processo penal. Outro exemplo muito significativo é o do combate à corrupção e más práticas na administração pública, protegendo os chamados *whistleblowers* quando fazem denúncias fundadas.

Em Portugal, existe uma excelente relação entre os tribunais portugueses e o TEDH. Na cerimónia do 40º aniversário da entrada em vigor da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) em Portugal, que teve lugar na Assembleia da República, tive oportunidade de fazer o balanço desta relação. O balanço é muito positivo. Para isso concorreram dois fatores essenciais. Por um lado, o TEDH contribuiu decisivamente nos últimos anos para o desenvolvimento e a modernização da ordem jurídica portuguesa. Por outro lado, as autoridades portuguesas, em geral, e os tribunais portugueses, em particular, têm zelado pelo cumprimento integral e de boa fé dos acórdãos do TEDH, o que permitiu uma melhoria significativa da situação dos direitos humanos em Portugal nos últimos anos. Tenho constatado que os Magistrados, os Advogados e os Universitários portugueses dão uma atenção crescente à Convenção e ao trabalho do TEDH.

Sempre estive disponível para ouvir e falar a todos. Tenho colaborado, vezes sem conta, com o Centro de Estudos Judiciários (CEJ), a Ordem dos Advogados (OA) e as Universidades portuguesas. Em parceria com o CEJ e a OA, criei uma Newsletter digital em língua portuguesa, com periodicidade mensal, sobre os casos mais importantes do TEDH. Esta Newsletter é agora divulgada a todos os Magistrados portugueses pelo Conselho Superior da Magistratura, pela Procuradoria-Geral da República e pelo CEJ e a todos os Advogados portugueses pela OA, bem como aos professores das faculdades de direito públicas e privadas portuguesas, circulando também no Brasil, em Angola e em Moçambique. Publiquei no sítio Web HUDOC do TEDH as traduções para a nossa língua dos acórdãos mais importantes proferidos contra Portugal, para que possam estar disponíveis para toda a comunidade jurídica lusófona. Este esforço, que não é só meu, mas de toda a divisão portuguesa do Tribunal, tem produzido frutos muito positivos.

Louva-se, pois, a presente obra que visa refletir sobre o direito europeu dos direitos humanos e sobre a situação efetiva dos direitos humanos em Portugal e na Europa. Ela contribuirá seguramente para uma divulgação mais alargada dos princípios e valores da CEDH, tal como eles são desenvolvidos pela jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo e aplicados pelos Estados membros do Conselho da Europa.

(Página deixada propositadamente em branco)

APRESENTAÇÃO DA OBRA

João Proença Xavier

No ano de 2018 por ocasião dos 70 Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, muitas foram as iniciativas organizadas pela sociedade civil e pelas instituições governamentais, nacionais e internacionais, bem como diversas foram as ações das mais variadas instâncias jurídicas e judiciárias mundiais que se solidarizaram com o espírito de comemoração dos 70 anos deste incontornável marco jurídico universal no que toca à defesa e promoção dos Direitos Humanos “*worldwide*”.

Esta transversal herança das memórias, vertiginosamente próximas do pós Segunda Guerra Mundial (1939-1945) foi, sem qualquer sombra de dúvida, o mote para a criação e assinatura do mais importante tratado de Direitos Humanos alguma vez ratificado, (até ao momento) pelos povos do planeta.

No entanto, após o silêncio que se seguiu a estas comemorações mundiais, e em resposta ao crescente sentimento mundial de insegurança das últimas duas décadas, nasceu e cresceu a presente obra, que visa chamar atenção de TODOS para a necessidade de reprimar as memórias destes escritos de 1948 e neles buscar a refundação da proteção dos Direitos Humanos, com a necessidade do reforço da sua proteção nacional e internacional, atinente à crescente nova busca de tranquilidade, de paz e do direito à “segurança”, conceito lançado

pela ONU em 1994 e que se vem desenvolvendo desde as primeiras décadas do século XXI.

As recomendações da ONU e o novo discurso dos Direitos Humanos exigem atualmente a necessidade de proteção deste “novo” Direito Humano, no respeito pelos direitos civis das pessoas, bem como dos direitos humanos de segunda e de terceira geração. Assim, os Estados e a Comunidade Internacional, para além da proteção do Direito à segurança física e patrimonial das pessoas, devem atentar e assegurar a segurança do meio ambiente, assistencial, familiar, informática, médica e biomédica, biogenética e de investigação, ética e bioética protegendo o património genético da humanidade e o genoma humano e protegendo esses direitos de todos, com enfoque na proteção dos mais desfavorecidos.

Na minha carreira académica, na Universidade de Salamanca, no âmbito dos Estudos do Doutoramento Interdisciplinar: “*Pasado y Presente de los Derechos Humanos*”, muitos foram os temas importantes que se me apresentaram para análise e cujo estudo apresentei na minha Tese de Doutoramento e Pós-Doutoramento em contexto ibero-americano na ótica do direito comparado. Sempre procurei o enfoque do estudo interdisciplinar e da Defesa dos Direitos Humanos sem perder de vista os novos desafios colocados por novas matérias de direito contemporâneo ao moderno direito internacional atual e aos Direitos Humanos em particular.

Honrado por integrar a coordenação deste importante projeto internacional de análise transversal e interacadémica do Passado Presente e Futuro dos Direitos Humanos, com humildade penso, de facto, que terá sido o meu labor no estudo dos Direitos Humanos e da Bioética desenvolvido ao longo de quase 2 décadas no século XXI a única razão por que me cabe liderar este fantástico grupo de ilustres Autores e distintas Autoras deste livro, com trabalho incontornável no panorama internacional de publicações académicas e investigação científica ao nível mundial nestes controversos e atuais temas,

e a quem, desde já aqui agradeço penhoradamente a participação e a coragem, de, sem hesitar, me terem escolhido para fazer a apresentação desta obra cuja leitura aqui se recomenda, logo após estas breves considerações.

Atendendo à necessidade de legislar bem, em matérias de tanta sensibilidade, todos defendemos o estudo comparado do Direito com o obrigatório enfoque interdisciplinar, que penso também estar sempre presente na obra “a quo”, tendo em conta os atuais desafios às novas gerações de Direitos Humanos, bem como as crescentes dificuldades em garantir a sua proteção efetiva em matérias fundamentais, que originam a necessidade de criação de novos mecanismos jurídicos de proteção dos Direitos Fundamentais em geral e dos Direitos Humanos em especial.

O *informe* do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento de 1989, indicava sobre o desenvolvimento humano titulado “Novas dimensões da segurança humana” integrando o conceito de “segurança humana” no sistema da ONU. Este escrito já destacava quatro características principais: universalidade, interdependência, centrada nas pessoas e garantida preferencialmente mediante a atenção: à segurança pessoal, à segurança comunitária familiar e política, à segurança alimentar, à segurança económica, à segurança ambiental e à segurança da saúde, tão importante neste momento difícil da história da humanidade, atualmente posta em risco transversalmente por esta pandemia mundial sem precedentes.

Assim, aqui vos deixo proceder com muito interesse à leitura dos importantes artigos que compõem este livro, de leitura obrigatória para todos aqueles que se interessam pelas mais importantes e modernas questões do direito contemporâneo, nomeadamente na área da História do Direito, da Psicologia Sistémica, da Educação para a Cidadania, dos Direitos Fundamentais, do moderno Direito Constitucional, da Filosofia do Direito, da Advocacia Contemporânea, da Autodeterminação Sexual, da Propriedade Privada, das Migrações,

do Acesso à Saúde, da Bioética e do Biodireito, da Biotecnologia, do Desporto, do Direito à Saúde, do Direito à Igualdade, da Igualdade de Género, do Direito à Inclusão das Pessoas com Capacidade Diminuída, da Democracia, e outros, tudo com enfoque nos Direitos Humanos e Dignidade da Pessoa Humana, estudados à luz do estado de direito democrático e da responsabilidade internacional dos Estado pela assinatura e ratificação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, e *prima facie* do respeito pelos valores plasmados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Esta obra *“Passado Presente e Futuro dos Direitos Humanos (...)”*, conta com a colaboração de 16 Professores Doutorados, 1 Investigador Doutorando, 1 Ilustre Advogado de carreira e 1 Tradutora Especialista em Estudos Anglísticos oriundos de Portugal, Espanha, Brasil e Estados Unidos da América, pertencentes a Universidades de excelência mundial com enfoque ibero-americano, e cujo fantástico trabalho aqui me cumpre enaltecer, agradecendo o prestimoso contributo científico de todos e todas, bem como das suas respetivas instituições académicas, para o estudo e desenvolvimento dos Direitos Humanos, cujo acervo aqui se dá à estampa para a posteridade, dignificando a distinta equipa de coordenação, que aqui me orgulho de representar, e enobrecendo esta importante publicação com as suas investigações e reflexões interdisciplinares, demonstrando inequivocamente o mérito e a importância da investigação científica em Direito Comparado. Sem dúvida, aqui se apresenta um importante acervo de artigos de relevância incontornável para a análise dos desafios dos Direitos Humanos na sociedade, sobre os fraturantes temas acima elencados, dos quais tive imensa honra de participar em nome próprio acompanhado por Colegas de prestígio reconhecido nas diversas áreas em que escreveram, tendo logrado a pretensão primordial de serem comunicações e reflexões geradoras de debate e discussão académica e pública nas prestigiadas Universidades de

proveniência, em vários departamentos, principalmente nas Faculdades de Direito e em eventos científicos de relevo no estudo das consequências que as diferentes opções jurídicas encerram, na memória, na vida e no desenvolvimento dos Direitos Humanos no Futuro.

Certamente que os leitores deste livro ficarão interessados em ler os vários artigos que compõem esta obra, na certeza que darão o seu tempo por bem empregue, e sem dúvida mergulharão na análise crítica das suas conclusões, sabendo que TODOS – Juristas ou não, incontornavelmente serão tocados pelo conteúdo e atualidade das matérias aqui analisadas. Votos de boa e profícua leitura...

(Página deixada propositadamente em branco)

I – PASSADO DOS DIREITOS HUMANOS

(Página deixada propositadamente em branco)

**DIREITOS HUMANOS: DO RECONHECIMENTO DO HUMANISMO
AO FIM DAS UTOPIAS
HUMAN RIGHTS: FROM THE RECOGNITION OF HUMANISM
TO THE END OF UTOPIAS**

Cristina Pinto Albuquerque

Universidade de Coimbra

<https://orcid.org/0000-0003-4194-8554>

Resumo: A narrativa dos Direitos Humanos, que alguns tendem a considerar como um mero referencial simbólico ou ideológico e outros como um princípio regulador da ação política e legislativa, constitui-se, ontem como hoje, como uma das mais nobres orientações filosóficas e políticas da idade contemporânea. No presente capítulo procura-se discutir sobretudo alguns dos debates clássicos que perpassam os fundamentos dos Direitos Humanos e as questões críticas que os mesmos projetam no presente e no futuro. Assim, procura-se compreender, num primeiro momento, o que se enquadra sob a noção de dignidade humana, princípio referencial da narrativa dos Direitos Humanos, bem como, num segundo momento, a conjugação entre universalismo e particularismo como pressuposto operacional e tradutor, em muitos casos, das dificuldades de aplicação e de monitorização prática dos Direitos Humanos.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Dignidade; Universalismo; Particularismo.

Abstract: The narrative of Human Rights, which some tend to consider as a mere symbolic or ideological reference and others as a regulating principle of political and legislative action, constitutes, yesterday as today, one of the noblest philosophical and political orientations of contemporary age. This chapter seeks to discuss, above all, some of the classic debates that permeate the foundations of human rights and the critical questions they project in the present and in the future. Thus, we first seek to understand what falls under the notion of human dignity, the referential principle of the Human Rights narrative, and then the combination of universalism and particularism as an operational assumption, translating, in many cases, the difficulties off application and practical monitoring of Human Rights.

Keywords: Human Rights; Dignity; Universalism; Particularism.

Introdução

Em 1951, naquela que é considerada uma das suas obras fundamentais – *As Origens do Totalitarismo* – Hannah Arendt explicita um dos grandes eixos analíticos de um debate que se quer cada vez mais profundo e multidimensional, sobre o sentido e as configurações, atuais e passadas, dos Direitos Humanos,

O homem do século XX tornou-se tão emancipado da natureza como o homem do século XVIII se emancipou da história. A história e a natureza tornaram-se ambas alheias a nós, no sentido que

a essência do homem já não pode ser compreendida em termos de uma nem de outra. Por outro lado, a humanidade, que para o século XVIII, na terminologia kantiana não passava de uma ideia reguladora, tornou-se hoje um facto inelutável. Esta nova situação, na qual a humanidade assumiu de facto um papel antes atribuído à natureza ou à história, significaria nesse contexto que o direito a ter direitos, ou o direito de cada indivíduo de pertencer à humanidade deveria ser garantido pela própria humanidade. Nada nos assegura que isso seja possível. (Arendt, 1989, p.332).

Na verdade, a narrativa dos Direitos Humanos, hoje expandida à exaustão, marca indelevelmente o século XX e a crença no progresso e na Democracia, constituindo-se como a ideologia que subsiste face à derrocada de todas as ideologias (ainda que com marcadas críticas de ocidentalização), mas também, e fundamentalmente, como o princípio de configuração histórica do sujeito no “fim da história”, como a última das meta-narrativas, para usarmos a expressão de François Lyotard (1989), ou o reduto mais ou menos consensualizado e perene das conquistas da Modernidade.

De facto, para a maioria dos autores que sobre esta matéria se debruçam, nenhuma outra conceção ou ideal tem permitido agregar discursiva e operativamente, de forma tão explícita, conceções políticas e filosóficas diferenciadas e quantas vezes antagónicas.

A defesa dos Direitos Humanos constitui-se para hedonistas ou estoicos, liberais ou igualitaristas, como um princípio agregador. O móbil da emancipação prometida pelo Iluminismo e a maior prova civilizacional de maturidade de uma humanidade que comprovou e comprova reiteradamente o seu potencial autodestrutivo massificado.

Uma retórica, pois (chamemos-lhe assim sem qualquer conotação pejorativa), que permitiu criar a mais nobre e universal orientação filosófica e política da Idade Contemporânea (ainda que as suas raí-

zes axiológicas sejam muito mais longínquas no tempo). Uma orientação, de alguma forma autotélica, que não deixa de evidenciar, pela sua própria aplicação, os paradoxos que ela mesma comporta e que decorrem, nomeadamente, do hiato sempre existente em maior ou menor grau entre os ideais e as normas, entre sujeitos concretos e abstrações universais.

Embora possamos considerar cínica a apologia dos Direitos Humanos perante as inúmeras e reincidentes violações dos mesmos com que somos confrontados diariamente em diversas partes do mundo, justificar-se-á a dúvida sobre os seus fundamentos e sobre a bondade das respetivas premissas emancipatórias, ancoradas nos dois grandes pilares da Modernidade, a Razão e a Lei?

Não traduzirá a Declaração, cujo septuagésimo aniversário foi recentemente comemorado, essa consciencialização que nos obriga a avaliar com maior exigência ético-política o referido hiato entre o ser e o dever ser, entre os ideais e as práticas, entre o que se ambiciona como fundamento de uma humanidade partilhada e as condições para a sua efetivação?

Com efeito, não deixa de ser intrigante a constatação do triunfo do programa político e filosófico dos Direitos Humanos apesar das provas empíricas da sua paradoxalidade e da descrença sobre a sua aplicabilidade prática e universal. Porquê o sucesso de tal retórica perante as evidências do seu (aparente) fracasso, colocando os “Direitos Humanos” numa espécie de patamar “pós histórico”, logo, despojado das contingências e idiossincrasias da experiência empírica e do contexto?

Ainda assim, não estará o maior desafio dos Direitos Humanos associado precisamente aos riscos de utilização contingencial, em função de interesses particulares e políticos, do seu ideário e património, há muito mais ou menos assumido como indiscutível?

Na época atual, pautada por desafios inéditos e profundos, urge, pois, uma reflexão sobre o discurso dos Direitos Humanos e sobre o

que ainda pode conservar de essencial, para além de um invólucro opaco de autolegitimação, bem como sobre os paradoxos que podem estar subjacentes à sua invocação pública e à sua possível instrumentalização. Permanecerá, associado a tal discurso, apesar do seu desgaste, um reduto de transcendência e de utopia capaz de reconstituir as bases de uma crítica às desigualdades ilegítimas em diversas partes do mundo e às distintas formas de supressão do sentido do humano e da liberdade (a tortura, o terror, a dominação, o genocídio)?

Tais questões não deixam de se imiscuir nos debates profundos e polémicos que, desde a segunda metade do século XX, vêm alimentando a reflexão sobre os Direitos Humanos.

No presente capítulo identificam-se dois desses debates basilares – um de cariz substantivo e outro de cariz operacional – para a compreensão do que a referencialidade aos Direitos Humanos comporta e que se encontra vertido, ainda que imperfeitamente, na Declaração Universal. Debates na verdade potenciadores de uma reflexão, profunda e necessária, sobre os desafios essenciais que hoje se colocam de forma inédita. Por exemplo, o sentido do humano face aos avanços da inteligência artificial, a liberdade de expressão e as fronteiras da privacidade na era digital, o sentido da vida face aos avanços da reprodução medicamente assistida, a responsabilidade humana supra antropológica pela natureza e pelo universo, o sentido do estranho, do estrangeiro, do comum e da especificidade (cultural, relacional, etc.) face à pluralização das relações com outros povos e culturas, entre outras questões, que talvez nos instiguem hoje a um pensamento diferente sobre as dimensões dos Direitos Humanos, sobre as diversas matizes interpretativas que comportam e sobre a sua consistência agregadora.

O capítulo estrutura-se assim em torno desses dois debates intimamente articulados, que permitem não apenas compreender os fundamentos da narrativa dos Direitos Humanos e a sua persistência apesar de todas as possíveis contradições constitutivas que encerram,

mas também projetar a reflexão para uma nova era de Direitos: a dignidade da pessoa como valor e como princípio e a universalidade e a singularidade como pilares da ação.

1. A dignidade da pessoa como valor e como princípio

A dignidade da pessoa humana consagra-se como princípio constitutivo de um Estado de Direito, ainda que possa configurar-se, em diferentes enquadramentos sociais e jurídicos, com dimensões e implicações diferenciadas. No entanto, para além desta evidência é fundamental, na discussão que ora nos ocupa, aproximarmo-nos de uma compreensão mais substantiva da dignidade da pessoa humana, enquanto pilar de uma narrativa de Direitos Humanos que se afirma como supra contextual.

Neste sentido, diversas perspetivas têm acentuado, ora uma conceção mais ontológica (que associa a dignidade humana nomeadamente a origens divinas ou naturais), ora uma conceção mais relacional, mais procedimental, mais construtivo-comportamental, ou mais comunicacional e intersubjetiva. A adoção de uma ou outra perspetiva determina também um ou outro conjunto de expectativas sobre a ação do Estado, quer numa ótica mais essencialista, protegendo o conteúdo preexistente da dignidade por via de regras legitimadas para esse efeito, quer numa ótica mais relacional ou construtivista, garantindo condições para que cada sujeito possa construir a sua dignidade e assegurar a sua autoestima na inter-relação com os demais, “sujeitos de direitos iguais e exigíveis” segundo expressão de Habermas (2012, p. 43, cit. in Novais, 2017, p. 39).

Destarte, assumindo uma ou outra perspetiva, parece evidenciar-se como fundamento, como realça Jorge Reis Novais (2017), o facto de não serem, nem as características específicas de cada ser humano,

nem os atributos vulgarmente atribuídos à espécie humana (a racionalidade, a autonomia, a sensibilidade, etc.) que determinam o valor intrínseco da dignidade. Tal assunção autoriza igualmente a inadmissibilidade de dignidades distintas em função de uma gradação mais ou menos discricionária do valor de atributos pessoais ou de espécie. O fator fundamental de valoração da dignidade humana, pela universalidade que consagra, parece ser desde logo a pertença à comunidade de humanos, a simples razão de existir entre iguais. Face a tal pressuposto não deixam, porém, de se colocar questões complexas e plenamente atuais, por exemplo relativas ao período antes do nascimento e após a morte, que ultrapassam os limiares do presente capítulo.

Saliente-se igualmente que o reconhecimento de pertença a uma mesma espécie não autoriza de forma imediata à defesa de um pressuposto de “natureza humana”, ou à agregação a um qualquer identificador biológico. O reconhecimento de pertença a uma mesma comunidade de seres é antes um produto de relação, logo, comportando juízos morais e valorativos que se plasmam em normas legais e sociais (Novais, 2017). Aliás, é devido a esta dimensão valorativa inerente a formas diferenciadas de reconhecimento, que persiste a questão crítica da dignidade reconhecida a formas de vida embrionárias. Do mesmo modo, pressupõe-se que a supremacia da espécie humana, por referência a outras espécies do reino animal, radicaria no sentido de transcendência que só o ser humano parece comportar, bem como na possibilidade de agência e na intencionalidade e responsabilidade dela decorrente (Novais, 2017).

Na verdade, é a capacidade do ser humano de se destacar dos instintos e das determinantes naturais e de se assumir como entidade responsável face à própria vida e face aos outros que torna admissível, na orientação moral e jurídica, a referência à dignidade humana como princípio fundador de uma ordem social e legislativa assente em princípios agregadores e civilizacionais. Por outras pala-

vras, é a reciprocidade moral que institui a dignidade como o pilar fundamental na defesa dos Direitos Humanos. Uma reciprocidade que permite compreender o papel de cada um na promoção e defesa de um sentido, mais ou menos consensualizado, do humano e assegurar a distinção fundamental entre culpa e responsabilidade (Young, 2011).

Trata-se, assim, de uma reciprocidade moral que não se confunde com moralismo ou referencialidades divinas, contrárias à afirmação de Estados seculares, mas antes que se associa a um sentido do que é justo, como afirma Novais (2017). E é precisamente este sentido de justiça – que se agrega à noção de dignidade humana na segunda metade do século XX – que se declara e se projeta como processo de evolução civilizacional em torno da manifestação coletiva contra holocaustos que não podem mais ser admissíveis. Um sentido de justiça civilizacionalmente construído, com um valor intrínseco que decorre não de pressupostos de divindade ou de utilidade, mas antes de um imperativo categórico que concebe os seres humanos como fins e não como meios.

Em sentido geral, humanismo significa o reconhecimento de uma essência invariável chamada “homem”, a afirmação de seu espaço central na economia do Real e de seu valor dando origem a todos os valores: respeito à pessoa, em si e no outro, importando a salvaguarda de sua liberdade; afloramento da natureza humana, da inteligência na Ciência, da criação na Arte, do prazer na vida quotidiana; satisfação dos desejos sem prejuízo para a liberdade e os prazeres dos outros e, por consequência, instauração de uma lei justa, isto é, de um Estado racional e liberal, de um Estado em paz com os outros Estados e abrindo, sobretudo, aos indivíduos um domínio tão largo quanto possível do privado, no seio do qual a lei não entra. (Lévinas, 1976, p. 385).

Embora se reconheça a relevância da associação entre justiça e dignidade, esta não pode, de facto, numa reflexão mais ampla sobre Direitos Humanos, diluir-se naquela. A ideia de justiça comporta uma dimensão valorativa associada a critérios identificados coletivamente e moralmente como plausíveis e legítimos num dado espaço-tempo, logo relativizados. Neste sentido, em muitos casos o prato da justiça pode tombar para um lado e o da referência à dignidade para o outro. Basta-nos referir como exemplos a tortura de terroristas para obtenção de informações suplementares sob o argumento da segurança coletiva, ou os chamados efeitos colaterais da morte de civis nas hoje apelidadas guerras inteligentes (ou nas ironicamente chamadas guerras justas ou humanitárias).

Depende, pois, da forma como uma dada conceção de justiça, histórica e geograficamente considerada e plasmada nas normas, agrega a regra da reciprocidade a que já aludimos. São, no fundo, os dilemas éticos, concebidos de forma abrangente, do abate do avião ou do desvio do comboio: deve-se matar alguns para salvar muitos mais? Como afirma Lévinas, em cada pessoa morta a humanidade toda morre.

O debate sobre a dignidade da pessoa humana, pilar fundamental da narrativa dos Direitos Humanos e fundamento de princípios essenciais como a igualdade, a proporcionalidade e a liberdade, coloca também em evidência uma ideia central para a reflexão que nos ocupa: a afirmação da responsabilidade de cada sujeito, consubstanciada na igual dignidade que a justifica, pressupõe, em contraponto, a existência de condições concretas (materiais, sociais e legais) para o seu exercício, tendo por base um dado sentido de justiça e das normas que o consagram. Logo, tem uma dimensão de relativização e de aplicabilidade como pano de fundo da afirmação universal que visa concretizar. O que nos remete para o segundo eixo de estruturação deste capítulo.

2. A universalidade e a singularidade como pilares de ação

Ao longo dos séculos XIX e XX, as filosofias da suspeita contribuíram, de forma decisiva, para repensar criticamente, por um lado os limiares do universalismo dos direitos e, por outro, os limites do historicismo relativista. As teorias da subjetividade sublinharam o caráter histórico e particular desse discurso; o hegelianismo dotou a natureza do seu cariz histórico e intersubjetivo (e não eterno e imutável); o estruturalismo salientou a importância dos contextos como quadros para a ação de um sujeito livre e simultaneamente subordinado; o existencialismo discutiu a fluidez e a inerente transformação e indeterminação da essência humana; a psicanálise (sobretudo com Freud e Lacan) sublinhou a importância do “desejo” e do Outro para a construção (complexa e sempre inacabada) do Eu.

Na verdade, com a Modernidade e a afirmação da razão humana como pressuposto de emancipação, a vontade e o desejo constituem-se como princípios de organização social e política. E aqui reside uma das grandes aporias dos Direitos Humanos: eles são, ao mesmo tempo, fruto da vontade humana plasmada na proteção do Estado (produto ele próprio dessa vontade), mas também argumentos na defesa dos indivíduos face aos excessos e insuficiências desse mesmo poder. Vários autores (Arendt, Foucault, Derrida, entre outros) sublinharam, com efeito, a ideia de que o projeto utópico de uma sociedade emancipada por via da razão pode transformar-se, na sua face negra, num projeto totalitário, controlador e burocrático.

Como afirma Arendt ([1951] 1989) na obra já referenciada,

Uma concepção de lei que identifica o direito com a noção do que é bom – para o indivíduo, ou para a família, ou para o povo, ou para a maioria – torna-se inevitável quando as realidades absolutas e transcendentais da religião ou da lei da natureza perdem a sua autoridade. E essa situação de forma alguma se resolverá

pelo facto de ser a humanidade a unidade à qual se aplica o que é “bom”, pois é perfeitamente concebível, e mesmo dentro das possibilidades políticas práticas, que, um belo dia, uma humanidade altamente organizada e mecanizada chegue, de maneira democrática – isto é, por decisão da maioria –, à conclusão de que, para a humanidade como um todo, convém liquidar certas partes de si mesma (p. 332).

Se refletirmos sobre a substância dos chamados Direitos Humanos, a referida aporia revela-se de modo mais claro. Como sublinha Habermas (2003, p.245), “os direitos humanos olham de um lado para a moral e do outro para o direito. Não obstante o seu conteúdo moral, a sua forma é a de direitos jurídicos”. Isto significa que, sob um prisma se encontra a origem “ideacional” dos Direitos Humanos (a essência humana como pressuposto e as reivindicações introduzidas no discurso jurídico do século XVIII) e, sob outro, a origem “institucional” – para usarmos a conceção de Goodrich (1988) – ou seja, a forma como tais ideais e aspirações se objetivam em normas, convenções, declarações ou estatutos.

Por outras palavras, numa das faces de constituição dos Direitos Humanos situa-se o que preexiste à ordem jurídica, o bem maior, o ideal. Na outra face, a sua tradução num sistema jurídico, logo, uma concessão *a posteriori* de cariz circunstancial e histórico, como salienta, por exemplo, Norberto Bobbio (1992).

A grande questão coloca-se, assim, na possibilidade de conciliação entre a razão inspiradora dos Direitos Humanos e a vontade traduzida num Estado soberano.

Numa reflexão atual e mais profunda sobre os Direitos Humanos, há que destacar dois argumentos centrais: a) a interdependência entre direitos; b) o inter reconhecimento de direitos e do compromisso que implicam, isto é, a assunção de que a reivindicação ou a conquista de um direito implica o reconhecimento de outros direitos/deveres e dos sujeitos dos mesmos.

Nesta ótica, os direitos, seja de que tipo forem, têm sempre uma dimensão relacional, logo, não-absoluta e de interdependência. Em acréscimo, os Direitos Humanos, em particular, preconizam um alargamento dos limiares da ação da sociedade e da lei, consubstanciando novas áreas, novos sujeitos e novos compromissos, como se preexistissem mesmo antes de serem plasmados normativamente. Isto significa que não pertencem somente aos cidadãos e ao Estado que os protege e reconhece, de modo mais ou menos imperfeito, mas também a toda a humanidade. São, por isso, numa abordagem contextualizada, essencialmente direitos de reivindicação e, a maioria das vezes, vanguardistas e críticos por referência ao estado de coisas a transformar. A sua força, mas também a sua difícil afirmação, radicam precisamente na consciência do hiato entre o sentido de humanidade e de dignidade partilhada ou, como já foi dito, de reciprocidade moral, e a sua tradução em direitos legislativamente consagrados num dado Estado e num xadrez geopolítico de forças diversas.

Sob o prisma dos Direitos Humanos, quando o sujeito se transforma em cidadão, os seus direitos e aspirações são ponderados por comparação com outros e toda a comparação, numa ótica de alteridade, é injusta. Por isso, sob este prisma, a “injustiça” nunca pode ser removida da ação do Estado e da concretização dos direitos por via da lei como se de um “princípio de realidade” se tratasse. Como afirma Levinas (cit. in Bauman, 1997, p. 66), “Justiça significa constante revisão da justiça, expectativa de uma melhor justiça”.

Neste sentido, como salienta Douzinas (2007), os Direitos Humanos assentam no paradoxo de, por um lado serem o produto de um dever ético fundamental e, por outro, distorcerem o imperativo moral da singularidade do Outro em prol de um sentido mais amplo de obrigação moral por todos os que consubstanciam, ainda que sem um encontro cara a cara, o sentido partilhado de humanidade.

Por outras palavras, a proteção de Direitos Humanos tem de basear-se no princípio de que a universalidade contém em si a singularidade. De forma subjacente a este princípio encontrar-se-ia a impossibilidade de prescrever, universal e aprioristicamente, as condições para a existência de uma sociedade justa, constituindo os direitos humanos como algo em construção permanente. E é neste ponto que reside a sua fragilidade, mas também a sua força utópica, “um princípio negativo que coloca a energia da liberdade a serviço da nossa responsabilidade ética em relação ao Outro” (Douzinas, 2007, p. 374).

Nesta perspectiva, os direitos humanos são apenas potencialmente universais; entre o direito formal, o direito reivindicado e o direito concreto e reconhecido persiste um hiato substancial. A cidadania inscreve-se na dupla face dos Direitos Humanos e dos direitos reconhecidos num dado território. A aproximação das duas faces revela-se, no entanto, difícil de concretizar, preconizando um debate, pouco consensual e aberto, sobre a neutralidade ética do Estado cada vez mais complexa em sociedades multiculturais: deve o Estado proteger e defender apenas direitos fundamentais, ou proclamar uma forma de vida específica?

Relembre-se a este respeito e a título de exemplo a polémica em França sobre o uso ou não de símbolos religiosos face a uma matriz de Estado republicano.

Considerações finais

Os Direitos Humanos, e a narrativa filosófica e política que os acompanha, adquiriram particular ênfase no pós II Guerra Mundial, como diversas análises históricas sublinham (Donnelly, 1989; Bobbio, 1992), sobretudo com a assinatura da Carta das Nações Unidas (1945) e a subscrição, em 1948, por 48 países, da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Estes, como instrumento de legitimação da ordem política e social do pós-guerra, aparecem, assim, associados a uma condenação da barbárie e à proteção contra regimes totalitaristas, que podem colocar em causa um sentido de humanidade partilhado. No entanto, apesar da “universalização” das prerrogativas dos Direitos Humanos, traduzidas em inúmeras convenções e tratados internacionais, persiste ainda hoje uma lacuna importante na tradução concreta das mesmas numa sociedade determinada, bem como no compromisso para a sua aplicabilidade e vigilância.

Com efeito, várias questões de efetivação concreta dos Direitos Humanos se colocam.

Em primeiro lugar, o imperativo categórico do humano que proclamam (de raízes kantianas) é apenas um princípio regulador, isto é, o filtro pelo qual devem ser avaliadas as ações e opções concretas. Não é um princípio normativo. Deste modo, para Estados norteados por interesses particulares e posicionados num xadrez internacional complexo e competitivo, “a humanidade universal” não passa de um ideal empiricamente indeterminado e não concretizável, como um «discurso indeterminado de legitimação do Estado, ou como uma retórica vazia da rebelião, discurso este que pode ser facilmente cooptado por todos os tipos de oposição», por minorias ou por maiorias (Douzinas, 2007, p. 129).

Em segundo lugar, um dos aspetos a considerar como explicativos da ainda pouca efetividade prática dos Direitos Humanos radica na fragilidade institucional das instâncias de aplicação do Direito internacional. Na verdade, ainda que os direitos tenham sido criados para proteção dos indivíduos contra a arbitrariedade dos Estados e respetivos agentes e outros (como a polícia, os tribunais, os meios de comunicação de massas, entre outros), o que é facto é que cabe a um Estado concreto proteger ou não esses direitos. Têm, por isso, um foco “local” ainda que, num mundo hiperconectado e em que o conceito de estado-nação tende a enfraquecer, a orientação para um *ethos*

global seja essencial. Ainda assim, os princípios da soberania nacional e da não-intervenção em questões internas de cada Estado (pressupostos da própria Carta das Nações Unidas), se por um lado são relegitimados pela retórica dos Direitos Humanos, por outro, são considerados prioritários por referência à concepção e implementação “local” desses mesmos direitos.

Subjacente a este debate encontra-se, na verdade, a difícil questão do universalismo *versus* relativismo dos Direitos Humanos. O universalismo advoga que as normas morais não se delimitam, nem histórica, nem territorialmente e, como tal, devem submeter-se a um teste de “consistência universal”, logo, independente do contexto cultural e geográfico; o relativismo faz depender os valores dos contextos onde emergem e tomam forma (Douzinas, 2007).

O primeiro pode facilmente transmutar-se em imperialismo, o segundo em arbitrariedade sob a capa perversa da tolerância. A consideração das especificidades culturais é um importante limite para a arrogância universalista; a consideração dos valores centrais para a humanidade, como imperativo moral, é um pressuposto essencial de controlo da aleatoriedade relativista (Douzinas, 2007).

Assim, os Direitos Humanos, mais do que meros produtos de legislação, são produtores da mesma ou orientações para a consubstanciar. Neste sentido, o discurso e instrumentos dos Direitos Humanos são padrão e filtro para avaliar opções e práticas, para consciencializar o mundo das violações em curso e constituir-se como base de crítica e reivindicação, sendo que a universalidade tem de comportar a singularidade.

É hoje essencial uma releitura dos Direitos Humanos à luz da realidade atual. Uma nova agenda que não implique necessariamente a transmutação dos seus pilares histórico-filosóficos essenciais, mas que possa comportar uma discussão mais substantiva do que os mesmos enquadram e do significado que assumem na atualidade e para o futuro.

Referências bibliográficas

- Arendt, H. (1989 [1951]). *As origens do Totalitarismo. Anti-semitismo, Imperialismo e Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras.
- Bauman, Z. (1997). *O mal-estar da Pós Modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar Editores.
- Bobbio, N. (1992). *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus.
- Donnelly, J. (1989). *Universal Human Rights in theory and practice*. Ithaca: Cornell University Press.
- Douzinas, C. (2007). *O Fim dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: Editora Unisinos.
- Goodrich, P. (1988). *Legal Discourse*. London: Macmillan.
- Habermas, J. (2003). *L'intégration Républicaine*. Paris: Fayard.
- Lévinas, E. (1976). *Difficile Liberté. Essais sur le judaïsme*. Paris: Albin Michel.
- Lyotard, J.F. (1989). *A Condição Pós-Moderna*. Lisboa: Gradiva.
- Novais, J. R. (2017). *A Dignidade da Pessoa Humana. Volume II, Dignidade e Inconstitucionalidade*. Coimbra: Almedina.
- Young, I. M. (2011). *Responsibility for justice*. Oxford; New York: Oxford University Press.

**MATEMÁTICA HISTÓRICA: 70+30 COMO MARCOS
INTERNACIONAL E NACIONAL PARA DIREITOS HUMANOS
HISTORICAL MATHEMATICS: 70+30 AS INTERNATIONAL
AND NATIONAL HUMAN RIGHTS MILESTONES**

Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti

Universidade Católica do Salvador

<http://orcid.org/0000-0002-5689-8206>

Antônio Carlos da Silva

Universidade Católica do Salvador

<https://orcid.org/0000-0003-1584-7784>

Resumo: Compreendendo uma análise ensaística e pautada em revisão historiográfica e documentação referenciada no Direito, História e Política, o objetivo desse capítulo é analisar o processo que compreende as efemérides dos 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH, 1948) e os 30 anos da Constituição Federal do Brasil. Utilizando metodologia qualitativa e com viés histórico, traçamos um panorama dos ranços e avanços almejados e conquistados, levando em consideração contextos que tensionam regimes totalitários e democráticos, ademais do intenso paradoxo (Teoria Crítica) como foco analítico. **Palavras-chave:** Direitos Humanos; Educação; Constituição; Teoria Crítica.

Abstract: Comprising an essay analysis and based on a historiographical review and documentation referenced in Law, History and Politics, the purpose of this chapter is to analyse the process of the 70th anniversary of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR, 1948) and the 30th anniversary of the Constitution of the Federative Republic of Brazil. Using a qualitative methodology with a historical bias, we provide an overview of outdated aspects and advances sought and conquered, taking into consideration contexts that bring totalitarian and democratic regimes under tension, in addition to the intense paradox (Critical Theory) as an analytical focus.

Keywords: Human Rights; Education; Law; Critical Theory.

Introdução

Quando crianças e jovens são alvos de violações e perdem a sua representação como indivíduos, tornam-se seres “coisificados”. Quando mulheres e meninas ainda são alvos de violências doméstico-familiares, o reconhecimento ético desta valiosa alteridade é negligenciado. Quando o racismo é cotidiano e dominante em ambas as esferas (pública e privada), não há liberdade, tampouco a possibilidade em realizar a Justiça. Tempos sombrios exigem um constante revisitar da história, uma busca incessante para compreender as idiosincrasias sociais que imperam no moderno sistema de produção de mercadorias. Esse tempo é o de rever princípios e categorias que oscilam entre a imanência e a transcendência, no qual a valorização do valor é o seu sujeito histórico.

Neste contexto, o Estado nacional, de organizador do poder político e representação dos interesses coletivos para garantir a “boa vida” aristotélica, assume uma postura operacional típica da concorrência privada ao suplantando a participação política dos seus cidadãos/

ãs e mascarar a essência democrática, pois os princípios que sustentam os 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH, 1948) e os 30 anos da Constituição Federal do Brasil (nomeada como cidadã) não deixam de ser marcos de sonhos que se distanciam como miragens?

Documentos formulados em agosto de 1948 e outubro de 1988, respectivamente, após graves violações de direitos humanos, praticadas durante a Segunda Grande Guerra e a ditadura militar no Brasil, compõem o nosso plano inicial e configuram o cenário trágico que tiveram como expectativa enfrentar e erradicar violências decorrentes das intolerâncias políticas, étnicas, geracionais, ocorridas em espaços geográficos e tempos não tão diferentes, mas interdependentes de uma nova configuração de poderes e consagração do Progresso (BENJAMIN, 2005).

Talvez tenhamos que retomar o estudo da História e da Política brasileiras em tempo presente! Ao longo desse período, verificamos que a segregação e a dominação de uns em relação aos outros ultrapassam as fronteiras identitárias e ocupam alteridades cruéis. Transformam-se em novas configurações através dos ciclos temporais, camuflando-se, por tantas vezes, gerando permanências e mesmices. As violências são cotidianas, brutais e compactuadas por alguns setores da sociedade, dentro de um cenário permeado de preconceitos e intransigências, banalizando e espetacularizando o que há de mais humano: direito à vida, à dignidade e à igualdade.

Inicia o texto constitucional – em seu preâmbulo – com expressões de potência:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade

fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida (...) (grifos nossos). (CF, 1988, Preâmbulo).

A esperança de observar um processo de democratização foi, nos finais dos anos 1980, parte de intensas agendas e instrumentalização de tempos diferentes, de construção de acessibilidade e de governação pautadas em práticas de promoção social e diretrizes internacionais. A partir de 2015, temos matizado configurações de tempos intensos e conflituosos que exigem novos ventos e interpretações atuais para problemas recorrentes para evitar contínuos retrocessos nas dimensões dos Direitos Humanos¹. Exemplificar pode ser um indicativo do “caminhar a passos lentos”: a Assembleia Nacional Constituinte integrou somente 26 deputadas e nenhuma senadora, colocando a paridade como fator não alcançado. Mesmo com cotas e movimentos em prol da equidade na representação política, na atualidade, as permanências desproporcionais são as válidas.

Ao completar três décadas de um marco legal estruturante (e representante de letras jurídicas de base democrática, vale a ênfase), a constituição em vigor sinalizava para uma composição coabitada pelos princípios e dimensões dos Direitos Humanos. Respondeu, sobremaneira, aos movimentos sociais, à necessidade de redemocratização, às novas agendas (mais específicas e especializadas). Paradoxalmente, as políticas sociais são as mais atingidas por decisões de governação e reformas institucionais. As influências na educação deixaram de restringir-se a uma escala nacional e a relevância do global-local deverá ser considerada para melhor compreendermos o fenômeno da mercantilização da vida. Nessa perspectiva, seria a

¹ CAVALCANTI, Vanessa Ribeiro Simon; SILVA, Antonio Carlos da. Entre mundos e discursos em prol dos Direitos Humanos: enlaces, agendas e redes ampliadas. In: BALLESTEROS, María de la Paz Pando; RAMÍREZ, Alicia Muñoz; RODRÍGUEZ, Pedro Garrido (Eds.). *Pasado y presente de los derechos humanos: Mirando al futuro*. Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2018, p. 47-459.

síndrome da “Torre de Babel” para a construção histórica dos múltiplos discursos que conectam, interferem e dimensionam os Direitos Humanos². Entretanto, predominam em demasia, a “torre de papel”, burocratizando a vida, institucionalizando a experiência social – paradoxalmente entre regimes democráticos e ditatoriais. Em um período aproximado de cinquenta anos, ocorreram mudanças sociais e políticas de tal maneira que as reflexões sobre ranços e avanços, sobre garantias e políticas posteriores ao ordenamento jurídico concomitantemente assinalam limites e não conformidades no cumprimento.

O que desejarmos para futuro será conseqüência de nossa interpretação do presente em contínuo diálogo com o passado, ou seja, da relação valor/História. Sob a égide da mercantilização e do fetichismo, como excluir expressões de humanidade e não promover a diversidade? Quais trabalhos e que mercado são passíveis de superação desta “economização abstrata do mundo através de processos de utilização empresarial do homem e da natureza”?³.

Como é fácil de intuir, apesar do forte componente dialético, a instituição escola não ficaria incólume aos desafios advindos desta conjuntura complexa, sendo ocupada por outros públicos e culturas, ampliada na essência e multifacetada na composição, com o objetivo de pensar (para além da “não exclusão”) outras formas de emancipação, de superação de toda e qualquer forma de Poder. Isto porque, na sociedade *fast & track*, não há o espaço para criação de saberes e fazeres, quiçá, de promoção da paz e da diversidade como pres-

² QUINTEIRO, Maria Esther Martínez. El discurso de los derechos humanos en perspectiva histórica: el síndrome de la Torre de Babel. In: BALLESTEROS, María de la Paz Pando; RAMÍREZ, Alicia Muñoz; RODRÍGUEZ, Pedro Garrido (Eds.). *Pasado y presente de los derechos humanos: Mirando al futuro*. Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2018, p. 41-60.

³ KURZ, Robert. Crítica do capitalismo para o século XXI: com Marx para além de Marx, 2007, p. 79. Disponível em: <http://obeco.planetaclix.pt/exit_projecto_teorico.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

supostos da ação em coletividade, constantes nas duas referências jurídico-éticas.

No âmbito de políticas sociais, a Constituição já elencava ações específicas, mas a legislação mais pontual somente ganhará seu texto em finais de 2006 (*Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB)*). A educação (formal ou não) está perdendo o “bonde da História” e submetendo-se às idiossincrasias da sociedade contemporânea produtora de mercadorias – em que a representação social fetichizada importa, o indivíduo não. Contando com marcos legais e agendas intensas foi justamente esse o campo de maior embate nos últimos tempos. As consequências são relevantes e sinalizam impactos de longa duração e, muitas vezes, violadores de garantias e direitos já pautados. Exemplos já vivenciados e que ocupam assentos escolares podem ser absentismo galopante, distanciamento de transformações sociais significativas, desinteresse generalizado, introdução de fatores de instabilidade e violências (desde micro, de gênero ou racismo) nas esferas cotidianas.

Podemos apontar a redução do empenho nos processos práticos de aprendizagem-ensino (revogando o que se pretendia com força no processo constituinte, inclusive incentivando à esfera privada). Da justa e ética educação idealizada, o acesso e a qualidade na formação cívica e cidadã, bem como reconhecimento de identidades e da pluralidade da vivência social não estão realizados em sua plenitude: acima de tudo e com destaque aos processos jurídico-institucionais específicos, o que fica mais visível é uma instalação gradual da indiferença individual e do menosprezo coletivo pelo próprio valor do saber⁴.

⁴ Ver BALLESTEROS, María de la Paz. Educación en derechos humanos. In: BALLESTEROS, María de la Paz Pando; RAMÍREZ, Alicia Muñoz; RODRÍGUEZ, Pedro Garrido (Eds.). *Pasado y presente de los derechos humanos: Mirando al futuro*. Salamanca; Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2018, p. 65-81; e HESPANHA, Pedro; SANTOS, José Vicente Tavares dos. Globalização, conflitualidade e violência. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 57-8, jun./nov. 2000, p. 7-12.

No cenário nacional, imerso nas incertezas com relação ao devir, são anunciadas necessidades de analisar, interferir e construir instituições (para além do Estado nacional e do Mercado global) e práxis pautada em Direitos Humanos, não fragilizados e direcionados apenas àqueles “seres solventes” e submissos à lógica da reprodução do capital. É proeminente reiterar que da década de 1980 para cá, configuram-se agendas para e pelos direitos humanos: desde efetivação de projetos já existentes até o enfrentamento a partir de uma perspectiva ética que nos vincule à alteridade. A realização da Justiça por intermédio da difusão de conhecimento, criação de redes e ampla educação. Uma agenda pautada nas necessidades históricas imediatas, não o contrário.

À luz da precisão teórico/práxis, precisamos inquirir que lugar ocupam tais direitos no devir histórico? A resposta pode ser simplificada na ideia de que a educação para e pelos direitos humanos é aquela que desperta “indignados/as” (retomada em diversos momentos históricos e, especialmente agora, relativizando impactos no regime, mas questionando a validade e a eficiência/eficácia do texto constitucional) para o agir livre como razão de ser da Política⁵. Da realização de um mundo possível e para além das estruturas vigentes – o campo histórico da contemporaneidade constituído pelo sistema produtor de mercadorias – não existe solução possível sem uma nova composição teórica. Há que se valorizar a humanização do ser humano como princípio de reflexão crítica e ética. Ou mesmo, como utopia. Isto é: conhecer, promover e difundir princípios de comprometimento social, rompendo com os grilhões da apatia, e não ficar a esperar (eternamente) Godot.

⁵ ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Lisboa: Relógio D'Água, 2006.

Esperando Godot ou as urgências são as pautas?

Violações cotidianas em um cenário de forte crescimento econômico, não sustentável, contextualizam a distância em engendrar o real Desenvolvimento e desvelar uma agenda imensa para promoção do acesso à justiça e à cidadania frente ao recrudescer da desigualdade e de emergências sociais importantes. Eis um quadro da contemporaneidade brasileira, anunciando necessidades de observar, analisar, interferir e construir instituições e práxis solidárias. Em contexto de violências sobrepostas⁶ e dimensões nos âmbitos da justiça e da cidadania, enveredar por campo de tensões e de constituição de redes de proteção e apoio são essenciais, ainda mais com a delimitação escolhida.

Apesar do incremento, tendo os anos 1980 como referência, de agenda e ações específicas para e pelos direitos humanos, ainda há muito que fazer: desde efetivação do marco legal-institucional já existente até o enfrentamento histórico-estrutural do processo de juridificação do Estado moderno, que de responsável pela garantia do consumo social tornou-se refém do processo de autofagia do

⁶ “Violências sobrepostas” é uma categoria desenvolvida para incluir a multireferencialidade, complexidade e o longo processo de vulnerabilidades, exclusões e tipologias vivenciadas de violência, identificando múltiplas violações e violências sofridas e promovidas também por instituições e modelos jurídico-institucionais de não proteção, especialmente por grupos de sujeitos como mulheres, comunidade LGBT, população em situação de rua, questões étnico-raciais etc. Ver CAVALCANTI, Vanessa Ribeiro Simon. Violência(s) Sobreposta(s). Contextos, tendências e abordagens em um cenário de mudanças. In: DIAS, Isabel. (Org.). *Violências de gênero*. Porto: Afrontamento, 2018, p. 20-37; e completar com CAVALCANTI, V.R.S.; SILVA, A.C. Diálogos abertos e Teoria Crítica: por uma “aventura emancipatória”. *Dialética*, vol. 6, ano 5, jun 2015, p. 66-78.

capital⁷. Há que marcar as nuances de um sonho ético-político da superação da realidade injusta.

O debate atual sobre os Direitos Humanos precisa, por isto, partir de um questionamento básico que se situa no quadro teórico específico das Ciências Humanas e Sociais: como se configura nosso mundo histórico hoje e que lugar têm aí os direitos humanos/fundamentais em geografia brasileira e em momentos cujos quadros são paradoxais e apontam para tempos sombrios⁸. Promotores dos direitos humanos alegam, difundem e reafirmam que todo indivíduo tem direito à educação (Artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁹). Tal assertiva baseia-se principalmente na premissa de que o direito à educação – ênfase na educação básica para todos – desenvolve as habilidades sociais e o fomentar ético que nos vincula à alteridade, ao Outro¹⁰.

⁷ Para ampliar o debate sobre o paradoxo da modernidade vale consultar os estudos dedicados ao entendimento do atual estágio da crise estrutural do capital e a constatação de que, contrapondo as teses sobre o fim da história, a relação dialética Estado/Mercado; socialismo/capitalismo são pólos do mesmo campo histórico. KURZ, Robert. *Crítica do capitalismo para o século XXI: com Marx para além de Marx*. 2007. Disponível em <http://obeco.planetaclix.pt/exit_projecto_teorico.htm>. Acesso em: 3 jan. 2019.

⁸ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Direitos humanos no diálogo entre os campos de conhecimento. *Revista Katálysis*, Florianópolis, v. 14, n.º 2, p. 147-149, 2011.

⁹ Artigo 26.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) consolida a ideia e propõe:

1. Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito.
2. A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das actividades das Nações Unidas para a manutenção da paz.
3. Aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o género de educação a dar aos filhos.

¹⁰ BUTLER, Judith. *Quadros de Guerra: quando a vida é passível de luto?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

Como se fosse possível separar uma categoria da outra – interpretar e transformar – aqui nossa reflexão dialética perpassa por questionar os aspectos unilaterais de uma interpretação dos Direitos Humanos sob a égide (apenas) do formalismo jurídico em um mundo regido pelas normas do Mercado e da acumulação do capital. Isto posto, compreendemos que há uma relação direta da fundamentação conceitual dos Direitos Humanos com a realização de Justiça e promoção do real Desenvolvimento, porque, não obstante a ideia de qualquer pessoa, em qualquer rincão deste mundo, possuir direitos básicos que devem ser respeitados, ou seja, a eficácia política em contraposição à supremacia do capital, precisamos estabelecer os Direitos Humanos como imperativos globais por intermédio¹¹, da culpa organizada e da responsabilidade universal (dever histórico).

Pode-se elencar como quatro os eixos que compõem as relações sociais e históricas, quais sejam, indivíduos, famílias, sociedade e Estado. O agrupamento familiar, primordial contato da pessoa humana com o mundo, constitui-se no primeiro espaço de socialização das relações e dentro dele se apreendem as rotinas e são construídos os significados/significantes culturais. As rotinas, os cuidados e a negligência/abandono na educação da criança podem produzir consequências para toda a sociedade. Isto porque, se entendermos o Estado como o conjunto de instituições disponíveis e imponíveis de uma determinada sociedade, portanto, responsável pela organização do poder político em uma sociedade regida pela valorização como sujeito automático da sociedade (teoria fundamentada no pensamento marxiano), a realização da justiça como fundamento para o real desenvolvimento somente será possível com uma educação para além do capital¹².

¹¹ ARENDT, Hannah. *Compreender: formação, exílio e totalitarismo*. São Paulo: C^{ia} das Letras, 2008.

¹² MÉSZÁROS, István. A educação para além do capital. *Revista Theomai: Estudios sobre sociedade y desarrollo*. Buenos Aires, 2007, n.º 15, p. 107-130.

A doutrina materialista relativa à mudança de circunstâncias e à educação esquece que elas são alteradas pelo homem e que o educador deve ser ele próprio educado. Portanto, esta doutrina deve dividir a sociedade em duas partes, uma das quais [os educadores] é superior à sociedade. A coincidência da mudança de circunstâncias e da atividade humana ou da auto-mudança pode ser concebida e racionalmente entendida apenas como prática revolucionária¹³.

Com referência a esses aspectos, nas últimas décadas, foi-se de um extremo a outro, principalmente quanto aos costumes. Além da sociabilidade e de afetividade, o plano familiar pode constituir-se como palco de violências como as elencadas a seguir: simbólica, física, sexual, patrimonial, psicológica e moral que ocorrem na privacidade do lar e sinalizam para a origem de todas as demais. Esses últimos trinta anos, do ponto de vista nacional, têm sido exercícios de (re)construção democrática, com desenho de instituições, planos de ação e diretores em prol de Direitos Humanos.

O intercurso cultural presente na formação brasileira traduz uma pluralidade étnico-racial que na escola pode aflorar em opressão, senão em violências caso não sejam trabalhados a contento, pois o contato diversificado poderá fazer da escola o primeiro espaço de vivência das tensões, motivo pelo qual se ressalta a responsabilidade e importância da “parceria” entre escola e família na formação do indivíduo-cidadão. As consequências dos relacionamentos conflituosos aprendidos e/ou adquiridos podem gerar danos e vulnerabilidades não só aos indivíduos, mas, vale reiterar, às famílias e à sociedade. A função do Estado é regular/controlar as relações sociais conflituosas, promovendo a ordem social, conseqüentemente o bem comum, através de políticas públicas de prevenção, atenção e coerção/enfrentamento, como as

¹³ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. São Paulo: Boitempo, 2007.

mapeadas através dos Planos Nacionais e Estaduais de Direitos Humanos, de Educação para os Direitos Humanos.

Com o aporte da teoria da crítica do valor e, principalmente, da crítica do fetichismo moderno, não podemos ocultar do processo de análise o paradoxo da modernidade entendido como a separação do sujeito/objeto na concepção dos valores morais. Em outras palavras, que sob a égide de um sistema de reprodução de mercadorias, o indivíduo passível de construção de seu devir histórico (pois, tal como Agnes Heller¹⁴, entendemos que a categoria “circunstância” é o outro pólo deste mesmo campo da modernidade) e substituído pelo Estado e as instituições destinadas à manutenção/regulação da sociedade. Sob uma perspectiva dialética, devem ser entendidos como representação de um mundo no qual a negação da negação é condição *sine qua non* para suplantar as barreiras que impedem o acesso à Justiça.

Consoante François Dubet¹⁵, “[...] não existe solução perfeita, mas uma combinação de escolhas e respostas necessariamente limitadas”. No entanto, a História nos apresenta uma grande diversidade de formas familiares, isto é, modos de organizar material e subjetivamente o seu dia a dia. É a experiência familiar que diferencia as culturas e promove as transformações sociais.

De unidade de produção e reprodução passou a unidade sócio-afetiva e de caráter institucional a caráter instrumental. A convivência violenta afeta todos os integrantes e abre espaços para além do privado, impondo debates, diálogos e marcos legais-institucionais capazes e eficazes na promoção da justiça e liberdade sociais, bem como acesso à cidadania e ao bem estar coletivo – desde que aprenda neste embate que as relações sociais, no campo histórico da

¹⁴ HELLER, Agnes. *O cotidiano e a História*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2016.

¹⁵ DUBET, François. O que é uma escola justa. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, v. 34, n.º 123, p. 539-555, set./dez. 2004.

modernidade, são determinadas não pelos próprios indivíduos, mas por uma representação simbólica na forma mercadoria. Destarte, há uma separação entre as composições públicas e privadas, na qual a política é exercida, não com liberdade na ação e para além dos atributos da vontade e do pensamento, mas como reprodução das estruturas de poder despóticos advindos de uma relação econômica abstrata¹⁶. O princípio advém da DUDH (1948), mas também vai matizar a construção textual da Constituição (1988):

Artigo 7.º (DUDH, ONU, 1948)

Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual protecção da lei. Todos têm direito a protecção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Art. 5º (CFB, 1988)

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)

A educação e, sobretudo, a escola, na modernidade apresenta-se contaminada pela lógica da concorrência e da acumulação. Neste contexto, torna-se uma seara de culturas voltadas à violência, para a não compreensão do Outro como sujeito ético-moral. A ideia, emancipatória, todavia, “pode abrir-se ao mundo sem passar pela escola”¹⁷, afastando-se de uma abordagem fragilizada pela sociologia da luta

¹⁶ Ver ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro. Oito exercícios sobre o pensamento político*. Lisboa: Relógio D'Água, 2006; e KURZ, Robert. *Poder mundial e dinheiro mundial: crônicas do capitalismo em declínio*. Rio de Janeiro: Consequência, 2015.

¹⁷ DUBET, François. O que é uma escola justa. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, v. 34, n.º 123, 2004, p. 542.

de classes e compreendendo a universalidade abstrata da forma mercadoriana – que pode, desta forma, alterar as conhecidas matrizes institucionais que atestam a legitimidade da divisão social e, concomitantemente, do não reconhecimento do outro como ser humano se não estiver inserido no processo de produção e consumo¹⁸.

Sem endossar a ideia de uma metanarrativa dos Direitos Humanos, reiteramos que, sob a prevalência das “virtudes do Mercado” (em alusão ao conceito de *novilíngua* em Orwell), a universalização dos Direitos Humanos somente será possível para além das fronteiras nacionais, restituindo ao cidadão global seu papel e propósito de dirimir as injustiças e transpor esses direitos como força de lei associada à ética pública, pois

a história é, entre outras coisas, história da explicitação da essência humana, mas sem identificar-se com esse processo. A substância não contém apenas o essencial, mas também a continuidade dos valores. Por conseguinte, a substância da sociedade só pode ser a própria história¹⁹.

Denúncias, investigações e busca de configurações e ordenamentos que assegurem e promovam as diretrizes dos Direitos Humanos – pelo menos o que convém chamar de “discurso dos mínimos” – são destaques do contexto internacional e nacional. Direito à vida, à dignidade, à segurança e à liberdade constam desde o texto constitucional até nos programas e ações específicas sob os auspícios do Estado brasileiro.

¹⁸ CAVALCANTI, Vanessa Ribeiro Simon; SILVA, Antonio Carlos da. Entre mundos e discursos em prol dos Direitos Humanos: enlaces, agendas e redes ampliadas. In: BALLESTEROS, María de la Paz Pando; RAMÍREZ, Alicia Muñoz; RODRÍGUEZ, Pedro Garrido (Eds.). *Pasado y presente de los derechos humanos: Mirando al futuro*. Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2018, p. 447-459.

¹⁹ HELLER, Agnes. *O cotidiano e a História*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2016, p. 15.

A violência como fenômeno e processo social pode ser compreendida de diferentes maneiras, com um olhar multirreferenciado, mas a assertiva a seguir estabelece relações com o privado. Extraído do embasamento e referencial teórico das Ciências Sociais, respondendo aos Direitos Humanos e dando origem a um sistema de normas internacional com foco na pessoa humana. Afinal, a violência pode ser compreendida como violação da dignidade e da integridade de pessoas.

É verdade que o universalismo ocidental sugere o reconhecimento irrestrito de todos os indivíduos, em igual medida, como “seres humanos em geral”, dotados dos célebres “direitos inalienáveis”. (...) A guerra pela ordem do mundo, que mata pessoas, é conduzida em prol da liberdade dos mercados, que igualmente mata pessoas e, com isso, também em prol dos direitos humanos, visto que estes não são imagináveis sem a forma do mercado. Temos de lidar com uma relação paradoxal: **reconhecimento por meio do não-reconhecimento, ou, inversamente, não-reconhecimento justamente por meio do reconhecimento**²⁰. (grifos nossos).

Verifica-se a tendência de projetarmos sentimentos e percepções nos outros a partir das nossas referências pessoais e familiares. A importância da educação para e pelos Direitos Humanos deve ser foco desde a mais tenra infância. Além da sociabilidade e de afetividade, não podemos olvidar que neste cenário de acumulação/reprodução do capital, o plano familiar pode constituir-se como palco de violências: a simbólica, física, sexual, patrimonial, psicológica e moral.

²⁰ KURZ, Robert. *Os paradoxos dos direitos humanos: inclusão e exclusão na modernidade*. 2003. Disponível em <<http://obeco.planetaclix.pt/rkurz116.htm>>. Acesso em: 16 jan. 2019.

Isto porque, nas relações sociais de produção para o Mercado, o poder, antes privado, portanto, despótico, assume uma nova dimensão à luz do Estado como organização do poder político. Outro fator de sobreposição e de agravamento é que, em geral, a violência é cometida por parceiros, pessoas próximas e de relações diretas. Tal facto confirma que a violência se expressa através do poder nas estruturas familiares, compreendida como a educação ou sujeição imposta por avós, pais e agregados, de onde parte a aceitação e reprodução de um modelo de educação e cultura que confirma a expressão da cultura patriarcal²¹ ou dominação masculina²² no centro da economia das trocas simbólicas.

Estão ambas logo ali. Não existe igualdade sem liberdade: provocações finais

Não há como manter latente, em qualquer processo de análise sob orientação da Teoria Crítica, que a transfiguração do espaço privado para o público é uma acepção dialética. Por meio do Direito, as relações domínio/propriedade são abarcadas pelo Estado que se torna o órgão regulador desta *Res Publica*. Entretanto, como esse mesmo Estado não produz nenhuma atividade econômica voltada para o Mercado é institucionalmente dependente de uma mais-valia futura apenas confirmada se o crescimento econômico for realizado de forma sustentada.

O sujeito histórico confirma o câmbio do indivíduo em objeto, de ação transformadora propriamente dita para a ideia do possível. De

²¹ BLAY, Eva. *Assassinato de Mulheres e Direitos Humanos*. São Paulo: Editora 34, 2009. Conferir debate mais recente em COSTA, Dália; NEVES, Sofia (orgs.). *Violência de gênero*. Lisboa: CIEG/UL, 2017.

²² BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 2009.

realizador de sua própria história, para objeto (leia-se *coisificação*) determinado pelas relações sociais de produção.

A aparente contradição se dissolve se perguntamos pela definição de ser humano que subjaz a esse paradoxo. A primeira fórmula dessa definição reza: “O ser humano” é em princípio um ser solvente. O que naturalmente significa, por consequência, que um **indivíduo** inteiramente insolvente não pode ser em princípio um ser humano. Um ser é tanto mais semelhante ao homem quanto mais solvente ele é, e tanto mais inumano quanto menos preenche esse critério. (grifos nossos)²³.

Mais do que políticas públicas, uma demonstração de vontade e de possibilidades de justiça social, sugere-se menos intervenções promotoras de uma cultura da paz e mais incentivo à cultura da não-violência, como processo essencial e promotor de novas atitudes.

Os paradigmas e as epistemologias do Tempo Presente justificam a necessidade de observar o vivido e o narrado nesse último século, analisando e construindo bases mais consistentes. As urgências e as emergências (indicadas na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Constituição Cidadã) configuram que as relações sociais e intermediadas pelo Estado e pelas instituições demandam mais que estratégias de mobilização e prática democráticas. A teoria crítica, entretanto, foi a lente encontrada para analisarmos e refletirmos sobre o atual estágio do capital, sendo considerada parte do pressuposto de que o mundo tal como o conhecemos não é sustentável, viável e ético.

“A reconfiguração dos saberes e das ecologias do conhecimento e das práticas envolve uma redefinição dos produtores e das

²³ KURZ, Robert (2003). Op. cit. Acesso em: 16 dez. 2018.

condições de produção de saberes e, em particular, dos produtores e condições de produção de uma teoria crítica”²⁴.

Nossa proposição inicial remete à dualidade indivíduo/poder. A reflexão crítica dos condicionantes do atual estágio da crise de valores morais que, interdependentes da forma valor e do fetichismo da mercadoria, procuram ordenar as relações sociais com as instituições por meio da violência, não da liberdade como razão de ser da política.

Por conseguinte determinam uma governação totalitária sob a máscara da democracia. Isto porque:

Uma vez que o ser humano real, o indivíduo vivo, não nasce de modo algum conforme um automatismo biológico na qualidade de sujeito da valorização e do direito, abre-se uma lacuna sistemática entre a existência real dos indivíduos e essa forma social. (...) Originariamente o ‘trabalho’ abstrato não foi um ‘direito’ pelo qual todos teriam ansiado, mas uma relação de coerção, imposta com violência de cima para baixo, a fim de transformar humanos em ‘máquinas de fazer dinheiro’²⁵.

A educação para e pelos Direitos Humanos – dedicada a conhecer, a promover e a difundir princípios “mínimos” de ordenamento social contemporâneo – podem ser desafios utópicos e inalcançáveis neste campo histórico da modernidade. Isso se dará de maneira mais acirrada em tempos incertos²⁶; mas, sobretudo, quando os princípios

²⁴ NUNES, João Arriscado. Para além das duas culturas: tecnociências, tecnoculturas e teoria crítica. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 52-3, nov. 1998-fev. 1999, p. 47.

²⁵ KURZ, Robert (2003). Op. cit. Acesso em: 16 jan. 2019.

²⁶ HOBBSAWM, Eric J.; RANGER, Terence (Org.). *A invenção das tradições*. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

orientadores da educação formal estiverem atrelados à lógica de conformidade-conformismo impositiva com o capital.

Sem direcionar-se por movimentações intensas e pró-ativas para diálogos e intercâmbios conscientes e ampliados, não haverá possibilidade de ir “além do capital”, encontrando caminhos e práticas abrangentes como “a própria vida”. A educação formal e informal não poderá, entretantes, ser emancipadora e realizadora das maiores “expressões de Humanidade”²⁷.

Vale a pena descobrir que se os elementos progressistas da educação forem bem sucedidos “em redefinir a sua tarefa num espírito orientado pela perspectiva de uma alternativa hegemônica a ordem existente”, aí sim, haverá contribuição vital para “romper com a lógica do capital não só no seu próprio limitado domínio”, mas ampliado para o campo social como um todo²⁸. Afinal, qualquer iniciativa para emancipação social comprometida com o seu devir histórico – para além das categorias conhecidas de um sistema autônomo de relações fetichistas e formas sociais dogmáticas – precisa “escovar a história a contrapelo” e engendrar a globalização de uma nova crítica social, de uma real compreensão dos direitos e necessidades humanas.

Não podemos conhecer a meta da história, nem sua necessidade (se interpretada sem as alternativas), caso em que sua representação aparece como secretamente idêntica à representação teleológica. Mas podemos estabelecer a possibilidade de um subsequente desenvolvimento dos valores, apoiar tal possibilidade e, desse modo, emprestar um sentido à nossa história²⁹.

²⁷ MENESES, Ulpiano. A história, cativa da memória?: para um mapeamento da memória no campo das ciências sociais. *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, São Paulo, 1992, n.º 34, p. 9-23.

²⁸ MÉSZÁROS, István. A educação para além do capital. *Revista Theomai: Estudios sobre sociedade y desarrollo*, Buenos Aires, n.º 15, p. 107-130, 2007, p. 122.

²⁹ HELLER, Agnes. *O cotidiano e a História*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2016, p. 32-33.

Referências Bibliográficas

- ARENDDT, Hannah. *Compreender: formação, exílio e totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- ARENDDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Lisboa: Relógio D'Água, 2006.
- BALLESTEROS, María de la Paz. Educación en derechos humanos. In: BALLESTEROS, María de la Paz; RAMÍREZ, Alicia Muñoz; RODRÍGUEZ, Pedro Garrido (Eds.). *Pasado y presente de los derechos humanos: Mirando al futuro*. Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2018, p. 65-81.
- BLAY, Eva. *Assassinato de Mulheres e Direitos Humanos*. São Paulo: Editora 34, 2009.
- BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 2009.
- BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. p. 292.
- BUTLER, Judith. *Quadros de Guerra: quando a vida é passível de luto?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.
- CAVALCANTI, Vanessa Ribeiro Simon. Violência(s) Sobreposta(s). Contextos, tendências e abordagens em um cenário de mudanças. In: DIAS, Isabel. (Org.). *Violências de gênero*. Porto: Afrontamento, 2018.
- CAVALCANTI, Vanessa; SILVA, Antonio Carlos. Diálogos abertos e Teoria Crítica: por uma “aventura emancipatória”. *Revista Dialética*, vol. 6, junho de 2015, p. 66-78.
- CAVALCANTI, Vanessa Ribeiro Simon. A contra-maré da exclusão, pobreza e trabalho: visibilidade da condição feminina no Brasil. In: PETRINI, João Carlos; CAVALCANTI, Vanessa Ribeiro Simon (Orgs.). *Família, sociedade e subjetividades: uma perspectiva multidisciplinar*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 84-110.
- CAVALCANTI, Vanessa Ribeiro Simon; SILVA, Antonio Carlos da. Entre mundos e discursos em prol dos Direitos Humanos: enlases, agendas e redes ampliadas. In: BALLESTEROS, María de la Paz Pando; RAMÍREZ, Alicia Muñoz; RODRÍGUEZ, Pedro Garrido (Eds.). *Pasado y presente de los derechos humanos: Mirando al futuro*. Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2018, p. 447-459.
- COSTA, Dália; NEVES, Sofia (orgs.). *Violência de gênero*. Lisboa: CIEG/UL, 2017.
- DUBET, François. O que é uma escola justa. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, v. 34, n.º 123, p. 539-555, set./dez. 2004.
- FRAISSE, Geneviève. *Entre igualdad y libertad*. Madrid: Minerva, 2002.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da indignação*. São Paulo: UNESP, 2000.
- HELLER, Agnes. *O cotidiano e a História*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2016.
- HESPANHA, Pedro; SANTOS, José Vicente Tavares dos. Globalização, conflitualidade e violência. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 57-8, jun./nov. 2000, p. 7-12.
- HOBBSAWM, Eric J.; RANGER, Terence (Org.). *A invenção das tradições*. São Paulo: Paz e Terra, 2007.
- KURZ, Robert. *Poder mundial e dinheiro mundial: crônicas do capitalismo em declínio*. Rio de Janeiro: Consequência, 2015.
- KURZ, Robert. *Crítica do capitalismo para o século XXI*. 2007. Disponível em: <http://obeco.planetaclix.pt/exit_projecto_teorico.htm>. Acedido em 3 de julho de 2018.

- _____. *Os paradoxos dos direitos humanos: inclusão e exclusão na modernidade*. 2003. Disponível em: <<http://obeco.planetaclix.pt/rkurz116.htm>>. Acesso em: 16 jan. 2019.
- _____. *Os últimos combates*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.
- MENESES, Ulpiano T. Bezerra. A história, cativa da memória?: para um mapeamento da memória no campo das ciências sociais. *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, São Paulo, 1992, n.º 34, p. 9-23.
- MÉSZÁROS, István. A educação para além do capital. *Revista Theomai: Estudios sobre sociedade y desarrollo*, Buenos Aires, n.º 15, p. 107-130, 2007.
- NUNES, José Arriscado. Para além das duas culturas: tecnociências, tecnoculturas e teoria crítica. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 52-3, nov. 1998-fev. 1999, p. 15-60.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Direitos humanos no diálogo entre os campos de conhecimento. *Revista Katálysis*, Florianópolis, 2011, v. 14, n.º 2, p. 147-149.
- Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris*. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf . Acesso em: 15 jul. 2018.
- QUINTEIRO, Maria Esther Martínez. El discurso de los derechos humanos en perspectiva histórica: el síndrome de la Torre de Babel. In: BALLESTEROS, María de la Paz Pando; RAMÍREZ, Alicia Muñoz; RODRÍGUEZ, Pedro Garrido (Eds.) – *Pasado y presente de los derechos humanos: Mirando al futuro*. Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2018, p. 41-60.
- SEN, Amartya. *A idéia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

(Página deixada propositadamente em branco)

**DE QUE FALAMOS QUANDO FALAMOS
DE DIREITOS FUNDAMENTAIS?
WHAT DO WE MEAN WHEN WE TALK ABOUT
FUNDAMENTAL RIGHTS?**

Dora Resende Alves

Universidade Portucalense Infante D. Henrique

<https://orcid.org/0000-0003-4720-1400>

Maria de Fátima de Castro Tavares Monteiro Pacheco

Instituto Politécnico do Porto

<https://orcid.org/0000-0002-1527-5854>

Resumo: Sem pessoas não há poder e havendo poder, tem de haver direitos fundamentais que as protejam. Mas, uma questão prévia se levanta: de que falamos quando falamos de direitos fundamentais? Ora, o reconhecimento e a proclamação dos direitos fundamentais precede o Estado e subsiste para além dele, o que nos leva a refletir sobre a forma como surgiram e como perduraram até aos nossos dias. Na verdade, não se pode falar de direitos fundamentais sem Constituição, nem de Constituição sem direitos fundamentais.

Nesse contexto, as autoras, para além de revisitarem os documentos internacionais históricos, referem os mais recentes ins-

trumentos jurídicos que os consignam e garantem, dos quais se destaca a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. O trabalho que agora vem à luz aborda o conceito e sublinha as suas funções, recorda os ensinamentos da História no que concerne à sua evolução, e, finalmente recorda como tais direitos se afirmaram a nível interno e internacional, em especial, no espaço da União Europeia. O percurso incide nos momentos proclamatórios, não se detendo nas formas de tutela que os mesmos foram oferecendo.

A metodologia seguida é descritivo-analítica, empreendida através de pesquisa bibliográfica com consulta de monografias, publicações especializadas e documentos oficiais (legislativos ou preparatórios) que consagram a questão analisada. De pendor teórico-académico, o trabalho é consolidado através da interpretação normativa sistemática e tem como intuito puro a ampliação dos conhecimentos em pesquisa numa abordagem qualitativa e exploratória.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Direitos Humanos; União Europeia; Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

Abstract: Without people there is no power, and where there is power, fundamental rights must exist to protect people. But one question arises: what do we mean when we talk about fundamental rights? The recognition and proclamation of fundamental rights precedes the State and subsists beyond it, which leads us to reflect on how these rights arose and how they have survived to the present day. In fact, one can not speak of fundamental rights without constitution, or of constitution without fundamental rights. In addition to mentioning the historical international documents, it is urgent to consider recent legal instruments for the protection of fundamental rights, including the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

The aim is to address the concept, to delimit it, to underline its functions, to recall the teachings of History regarding its evolution and, finally, how these rights have been affirmed internally and internationally, particularly within the European Union, where we stand. The focus will fall on the moments of proclamation, without tackling the forms of tutelage that they have offered.

The methodology followed is descriptive-analytical, undertaken through bibliographic research with consultation of monographs, specialized publications and, especially, official documents (legislative or preparatory) that enshrine the issue under analysis. From a theoretical-academic point of view, this work is consolidated through systematic normative interpretation and has as its pure aim the expansion of knowledge in research knowledge in a qualitative and exploratory approach.

Keywords: Fundamental Rights; Human Rights; European Union; Charter of Fundamental Rights of the European Union.

Introdução

Se nos situarmos a nível nacional, podemos constatar que os Direitos Fundamentais preexistem ao Estado, traduzindo-se em limites intangíveis à intervenção dos poderes públicos na vida das pessoas, de modo a preservar a sua liberdade individual. Da mesma maneira, se pensarmos em novas formas de agregação do poder político, em concreto, no espaço da União Europeia, damos conta que também os direitos fundamentais se enquadram nos seus horizontes. Outra coisa não podia acontecer, pois sem tal dimensão fundamentalista toda a integração cairia, como um baralho de cartas!

No plano internacional, a conjuntura dos Direitos Fundamentais é muito desigual. Não obstante todo o caminho feito pelas proclama-

ções históricas mais impactantes, o que se tenta é que haja uma defesa verdadeiramente efetiva dos direitos mais elementares das pessoas. É certo que no plano internacional escasseia a densificação típica da dimensão constitucional e inexistente a fiscalização judicial do seu cumprimento efetivo, mas, se tudo falta a um ser humano cumpre ao Direito libertá-lo do limbo onde se encontra. Por isso, haja direitos e haja tribunais que promovam e salvaguardem os Direitos Fundamentais que lhes assistem.

É quase um truísmo afirmar que a consciência universal obriga a que nos detenhamos sobre eles, e que neles identifiquemos o primeiro reduto da nossa humanidade. Sem pessoas não há poder e havendo poder, tem de haver Direitos Fundamentais que protejam as pessoas (matriz liberal), sustentados que estão no respeito incondicional pela dignidade humana, enquanto sentimento comum a todos os povos e culturas. Mas, uma questão prévia se levanta: de que falamos quando falamos de Direitos Fundamentais?

Ora, o reconhecimento e a proclamação destes direitos precede o Estado e subsiste para além dele, o que nos leva a refletir sobre a forma como surgiram e como evoluíram até aos nossos dias. Na verdade, não se pode falar de Direitos Fundamentais sem Constituição, nem de Constituição sem Direitos Fundamentais: tais direitos foram objeto da consagração constitucional dos valores mais supremos de um ordenamento jurídico concreto, mediante a anexação de Declarações de direitos às Constituições (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789), ou através da sua enunciação específica no seio do próprio texto constitucional (Constituição da República Portuguesa de 1976). Tais direitos estabeleceram-se e garantiram-se através das leis fundamentais e da ação do poder judicial (nos EUA), através da lei (em França), ou através do Estado (na Alemanha), assumindo a natureza de princípios ordenadores de um concreto ordenamento jurídico.

Não seria concebível que uma lei fundamental se cingisse à organização do poder político ou económico, pois foi o respeito pelo indivíduo que fundamentou e limitou o próprio poder político, legitimando e dando unidade de sentido às ordens constitucionais positivas. Assim sendo, foi a dignidade da pessoa humana que marcou a fundamentalidade destas posições subjetivas básicas e individuais: a pessoa humana é titular de direitos inaliáveis, direitos esses proclamados nos lugares cimeiros das fontes de direito, ou seja, nas leis fundamentais, e concretizados pelos órgãos legislativos, pelos órgãos aplicadores da justiça e pelas próprias garantias institucionais.

Não se pense, porém, que no plano nacional o caminho está concluído, pois tal trabalho nunca estará encerrado. Os Direitos Fundamentais são produto da civilização humana, logo, são profundamente mutáveis e heterogêneos. A História traz novas e diferenciadas necessidades e o Direito terá de evoluir, acrescentando novos direitos às “listas” de direitos que já existem, criando novas gerações ou dimensões dos mesmos. A sociedade de informação e o desrespeito para com o ambiente, causado pela evolução genética, tecnológica e industrial, pode bulir com a dignidade humana em todas as suas vertentes. É toda uma gama de novas situações, novas vulnerabilidades, novas necessidades coletivas e individuais que reclamam novas formas de proteção. Assim, urge refletir sobre se o “fim do Estado” e a emergência dos espaços multiculturais e dos fluxos migratórios não poderá fazer surgir novas formas de vazios de proteção, novas formas de insegurança (direitos de solidariedade e de identidade genética), novas formas de desconhecimento (direitos de informação), a reclamarem também novos instrumentos jurídicos para a tutela dos direitos fundamentais (direitos de natureza judicial).

É o que iremos fazer. O percurso terá de ser necessariamente breve, despido de discussões dogmáticas e filosóficas. O que nos propomos, quando falamos em Direitos Fundamentais, é abordar o conceito e sublinhar as suas funções, recordar os ensinamentos

da história no que concerne à sua evolução, e, finalmente, recordar como se afirmaram a nível interno e a nível internacional, em especial no espaço da União Europeia onde nos situamos. O percurso irá incidir nos momentos proclamatórios, pois o tempo não nos permitirá determo-nos sob as formas de tutela que os mesmos foram oferecendo. Tal empreendimento terá de ser objecto de um estudo separado¹.

1. Conceito

Os “Direitos Humanos” são um conjunto de regras jurídicas que reconhecem aos indivíduos direitos e liberdades inerentes ou inatos a toda a humanidade. A expressão é mais recente do que a locução “Direitos do Homem”, abrangendo o conjunto de direitos transcendentais, deduzidos do género humano, cuja necessidade de protecção é objeto de vários instrumentos internacionais. A doutrina dos Direitos do Homem nasceu do jusnaturalismo, pois justificava a sua existência, independentemente do Estado. Os “Direitos Humanos” são um produto da História e, portanto, são o resultado de uma longa evolução, agrupando um conjunto de direitos superiores e apriorísticos a todas as ordens jurídicas positivas (concepções jusnaturalistas). Assim sendo, caracterizam-se pela sua universalidade, abstracção, essencialidade, inalienabilidade e prioridade face ao direito positivo.

A sua concepção parte da ideia de que tais direitos mínimos devem ser comuns a “todos” os seres da raça humana, devendo ser considerados limites transcendentais ao poder constituinte material e prin-

¹ Ver PACHECO, Fátima. “O Sistema de Protecção dos Direitos Fundamentais na União Europeia – Entre a Autonomia e o Compromisso”, in *Julgar*, 2011, p. 11-28; e ainda Vários sistemas e várias respostas para a protecção internacional dos direitos humanos, *Revista Jurídica Portucalense*, 2018, p. 228-250.

cípios axiológicos fundamentais. Neles sobressai o facto de serem mais ligados aos indivíduos e não tanto aos Estados, em virtude de decorrerem de imperativos éticos.

O problema fundamental que assiste a estes direitos, não é tanto a sua fundamentação, mas sim a sua exequibilidade. Assim, é mais fácil enunciá-los do que protegê-los, pois apesar de os prevermos em Declarações ou catálogos, eles continuam a ser violados. O reconhecimento internacional dos “Direitos do Homem” impõe aos Estados o dever de os integrarem na sua legislação (direito positivo), pelo que devem ser regulamentados pelo poder político para que se tornem uma realidade jurídica.

A locução “Direitos do Homem” encontrava consagração na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e variados outros documentos internacionais. Também a Constituição portuguesa se refere a “Direitos do Homem” no artigo 7.º, n.º 1, já o texto do artigo 2.º reconhece a vinculação do Estado português aos “Direitos e Liberdades Fundamentais.” Mas note-se o recente afastamento em relação àquela terminologia².

Por sua vez, os “Direitos Fundamentais” estão ligados a posições subjetivas básicas dos indivíduos consagradas a nível constitucional (em sentido formal), designando os direitos vigentes das pessoas face a uma organização política. São direitos cuja função é defender os eventuais “excessos” do poder. Desta forma, podemos dizer que há uma incidível ligação entre Constituição e Direitos Fundamentais. Estes direitos resultam do respeito absoluto por um

² Conforme publicação da Resolução do Conselho de Ministros n.º 21/2019 de 29 de janeiro, no Diário da República português, 1.ª série, n.º 20, p. 586, com a determinação de adoção da expressão “direitos humanos” substituindo a expressão “direitos do homem”, nos documentos oficiais, académicos e outros, na oralidade e no ensino. Aqui a perspetiva será numa política de paridade de género: “direitos humanos” como nova terminologia não discriminatória. Surge no seguimento da Resolução da Assembleia da República n.º 39/2013, de 3 de abril (no DR n.º 65 de 03.04.2013, p. 1950).

“sentimento jurídico coletivo”, e encarnam determinados valores essenciais derivados da dignidade humana (sentido material). Os “Direitos Fundamentais” serão, portanto, os direitos reconhecidos e garantidos por normas superiores dos ordenamentos jurídicos ou provenientes de outras fontes, que encerram valores transcendentes ao próprio poder constituinte material³, considerados dignos de proteção por parte de um determinado sistema normativo. Estes direitos estão associados à liberdade pessoal e à liberdade política, pelo que são um requisito para o regular funcionamento da democracia. Se estes direitos integram uma ordem jurídica concreta, estadual, os primeiros (Direitos Humanos) derivam da natureza humana, ou seja, são um conjunto de direitos que cada um possui apenas pelo facto de se ser humano.

Articulando-se o direito da União Europeia com o Direito Internacional, a nomenclatura utilizada pela União Europeia, tanto por parte do Tribunal – a propósito da redação dos seus acórdãos e pareceres – como da parte das instituições – a propósito da elaboração do direito derivado e de várias declarações políticas – não é rigorosa. A nível dos tratados, a redação do artigo 2.º, e do artigo 6.º,

³ Sob o ponto de vista clássico, o poder constituinte material ou originário é um poder inicial e criador de uma constituição, ligado à ideia de Estado soberano e provindo do povo, seu titular último. Consiste, portanto, na faculdade de um povo dar a si mesmo um texto constitucional. Assim, situa-se acima da própria constituição, autoconformando o Estado. Já em sentido formal, trata-se de um poder cristalizado numa norma específica, mediante a decretação de uma constituição em sentido formal (ato constituinte). Ou seja, refere-se não ao seu momento legitimatório, mas a um «processo de fabrico», ou de elaboração de um texto constitucional. Sobre o poder constituinte, vd. MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*. 2006; CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2000; MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2002; PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. 1994. Abordando a questão do poder constituinte e seus modos de revelação, vd. VAZ, Manuel Afonso. *Teoria da Constituição – o que é a Constituição hoje?* 2012; BRITO, Miguel Nogueira de. *A Constituição Constituinte*, 2000; BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. 2001; LIPPOLIS, Vincenzo. «Assembleia Constituinte», in *Dicionário de Política*, 2000, p. 61-64.

n.º 3, do TUE, refere-se a “Direitos do Homem.” O conceito é ali assumido numa aceção mais internacionalista exprimindo a vinculação da União no plano do seu relacionamento internacional, aliás na esteira da redação da CEDH. Esta designação persiste em vários dispositivos do Tratado de Lisboa, quando se refere à ação externa da União, o que revela a intenção de a União – a exemplo dos Estados – se declarar vinculada pelo respeito pelos Direitos do Homem no plano do seu relacionamento com organizações internacionais ou terceiros Estados. De ressaltar que a CDFUE optou pela locução “Direitos Fundamentais,” designando um conjunto de preceitos vinculativos da actuação da União Europeia, assim respeitando a tradição das constituições nacionais e exprimindo o fundamento constitucional da União.

2. Os Direitos fundamentais na história e o seu cruzamento com o constitucionalismo

Quando falamos de direitos fundamentais, e sublinhando aqui a visão histórica do Direito, vem de imediato a lembrança (isto sem recuarmos mais, nomeadamente aos estoicos, entre 342 e 270 a.C.; a antecedentes de 1118, com a Declaração das Cortes de Leão; e de 1215, com a Magna Carta, a Petition of Right, de 1628, o Habeas Corpus Act, de 1679, ou com o Bill of the Rights, de 1689) das revoluções americana (1776) e francesa (1789) como marcos ocidentais de onde resultam as primeiras declarações de direitos – a Declaração de Direitos do Estado da Virgínia (*Virginia Declaration of Rights*)⁴,

⁴ Texto em http://avalon.law.yale.edu/18th_century/virginia.asp, consulta em 10/11/2018.

de 1776, e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão⁵ (*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*) de 1789. Em seguida, as constituições que as consagram: a americana, a mesma até hoje, e as francesas (regime presidencialista), na de 1848 e ainda na vigente, de 1958⁶.

Atente-se que não foi a Revolução Americana que inventou que os Direitos Fundamentais não estão ao alcance de qualquer governo. Na verdade, os *founding fathers*, já alertavam que o homem não desistiu dos seus direitos naturais apenas para obter a segurança, por isso se pode asseverar que a Revolução Americana foi beber a sua inspiração à tradição da *Common Law*. A Constituição dos Estados Unidos da América⁷ de 1787, como o mais antigo e mais curto

⁵ Texto em <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>, consulta em 10/11/2018. Vale a pena salientar que a constitucionalização dos direitos fundamentais em França revestiu contornos específicos. A declaração francesa conta com princípios fundamentais mas é parca de meios de proteção. A declaração de direitos, diferentemente da experiência americana, visa assegurar o funcionamento do Estado de acordo com os princípios democráticos. O legislador era visto como representante do interesse geral, mandatado num Parlamento de composição quase totalmente burguesa, daí os direitos constantes da Declaração estarem submetidos a limites legais. Os direitos fundamentais eram matéria de “reserva de lei”. A Declaração francesa indica como titular do poder legislativo a “vontade geral”, embora parta da ideia da anterioridade dos direitos naturais face à institucionalização do poder civil, pelo que se constituiu como um corpo independente da Constituição. Nos termos do seu preâmbulo, afirma que «o esquecimento e o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos». A matriz doutrinária da Declaração, que precede a constituição, está contida nos três primeiros artigos: a condição natural dos indivíduos que precede à sociedade civil (todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos), finalidade da sociedade política, e legitimidade do poder da nação.

⁶ Texto em <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur>, consulta em 10/11/2018.

⁷ Texto em https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm, consulta em 10/11/2018. A experiência americana, diferentemente da francesa, afirma o povo como autoridade política superior e a subordinação dos poderes constituídos à constituição garantística. Na expressão de AFONSO VAZ. *A teoria da Constituição Teoria da Constituição – o que é a Constituição hoje?* 2012, p. 80, o poder constituinte nos EUA «revelou-se como soberania funcional para redefinir a *higher law, the fundamental and paramount law of the Nation* e para estabelecer as regras de jogo entre os poderes constituídos e a sociedade».

texto constitucional⁸, que se mantém até aos dias atuais, acrescenta⁹, numa construção muito própria, o seu *Bill of Rights* através dos primeiros 10 aditamentos ou *Amendments*¹⁰, apenas em 1791, deixando depois às constituições dos estados federados a definição e o desenvolvimento do seu elenco.

Desta forma, a “Declaração de Direitos” seria a primeira parte da Constituição, sendo a segunda o “quadro” do governo, pois toda a revolução anticolonial sublinhava que os direitos do povo legitimavam o seu poder. Com efeito, o constitucionalismo americano era afoito na sua afirmação de que todo o governo deveria assegurar e alargar os direitos naturais e inalienáveis do homem, pelo que assumia o povo como fonte de soberania. No quadro do constitucionalismo americano, todos os direitos declarados podiam ser judicialmente reclamados, sob pena de serem inúteis, facto que constituiu a grande conquista da Revolução Americana, e a grande diferença da Revolução Francesa. Por isso, entre 1776 (Declaração de Maryland, Pensilvânia, Virgínia e Carolina do Norte) e 1849 (Califórnia, Mississípi, Alabama), apenas 10% das Constituições americanas não apresentavam referências aos direitos humanos. As restantes enunciavam 3 grupos de direitos, previstos em determinações iniciais: primeiros princípios; direitos conferidos aos indivíduos (sociais e económicos); e proteção passiva de direitos mediante ações judiciais contra abusos e ameaças do poder.

Os 10 primeiros aditamentos da Constituição Federal Americana de Filadélfia de 1787 – verdadeiro pacto constituinte do Estado federal – introduzidos em 1791 (primeira revisão constitucional), previam já quase todos os direitos humanos clássicos, direitos e liberdades

⁸ Em “Erecting a Virtual Schoolhouse Gate” in *Constitutional Knowledge and Its Impact on Citizenship Exercise in a Networked Society*. IGI Global, 2019.

⁹ Em <https://www.congress.gov/content/conan/pdf/GPO-CONAN-REV-2016.pdf>, consulta em 10/11/2018.

¹⁰ Das 26 totais. Foram ao todo 27 com um revogado.

dos cidadãos, proclamando princípios políticos gerais sobre as relações do indivíduo, com a sociedade e com o governo. Tal facto deveu-se à circunstância da Constituição, de 1787, não ter previsto uma Declaração de direitos, na sua versão inicial, mas ter como preocupação fundamental garantir a separação dos poderes entre o Congresso e o Presidente, pois temia-se que a previsão dos Direitos Fundamentais pudesse vir a limitar as prerrogativas dos Estados a favor da União. A evolução posterior a 1776 – ano da Declaração da independência das 13 colónias, em Virgínia – deslocou as declarações para o fim dos textos constitucionais (depois de definidas as responsabilidades do governo), o que implicou que fosse a própria constituição federal a conferir legalidade à declaração de direitos, e não esta a legitimar o poder do governo.

Desde então, o respeito pelos direitos fundamentais continua na agenda política¹¹, do século XVIII até aos dias de hoje, conforme dados publicados pela Comissão Europeia¹².

3. O surgir da consagração internacional

O reconhecimento internacional dos Direitos Humanos tem uma enorme importância, pois determina a todos os Estados o mesmo dever, qual seja o de integrar os direitos em causa na sua ordem jurídica interna. Estas promessas de respeito incondicional para com

¹¹ Em “The new paths of fundamental rights in the 21st century – a new format for the declarations of rights” in *Constitutional Knowledge and its Impact on Citizenship Exercise in a Networked Society*. IGI Global, 2019.

¹² A Comissão Europeia anualmente publica documento semelhante à Resolução do Parlamento Europeu 2018/C 369/07, de 13 de dezembro de 2017, sobre o Relatório Anual sobre os Direitos Humanos e a Democracia no Mundo em 2016 e a política da União Europeia nesta matéria, JOUE C 369 de 11.10.2018, p. 56-72, e publicou em 11/12/2018 um relatório intercalar sobre os diálogos com os cidadãos e as consultas aos cidadãos (https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/eu-progress-report-consultations-111218_en.pdf).

o ser humano surgem, essencialmente, após 1945, ano em que o mundo se deparou com o mais profundo desprezo pela vida humana. Com efeito, pela primeira vez na História¹³, um tratado internacional – a ONU – referia-se expressamente a estes direitos, precisando, no segundo parágrafo do seu preâmbulo que os povos das Nações Unidas estavam determinados a «*reafirmar a fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos de homens e mulheres e das nações grandes ou pequenas*». Todavia, como é sabido, os compromissos da Carta estavam, como estão, mais centrados em «*salvaguardar as gerações do flagelo da guerra*», pelo que deixaram às organizações regionais a tarefa árdua de os assegurar.

Foi neste contexto que no direito internacional de carácter universal, ainda que com reservas quanto à vinculação jurídica, surgiu, no âmbito das Nações Unidas como previsão e objetivo¹⁴ a Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, de 1948, sendo que a partir dela se celebraram imensas convenções para a salvaguarda de tais direitos.

A DUDH é o sinal de que toda a humanidade partilha valores e ideais comuns, daí a sua universalidade abstrata, porém atente-se que a Declaração somente vale no âmbito dos Estados que reconhecem «*a dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis*», tendo completado 70 anos em 2018¹⁵. Redigida por René Cassin, a DUDH constitui um documento

¹³ Refira-se, no entanto, que depois da primeira Grande Guerra surgiram vários tratados para a protecção das minorias, mas não para proteger os Direitos Humanos em geral. É o caso, por exemplo, da Convenção Germano-Polaca sobre a Alta Silésia, de 1922. Sobre esta questão, vd. A. H. Robertson; J. G. Merrills. *Human Rights in the world*. 1996, p. 20-23.

¹⁴ Listagem de documentos em <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Education/Training/Compilation/Pages/Listofcontents.aspx>, consulta em 13/11/2018.

¹⁵ Na Resolução do Conselho de Ministros n.º 48/2018 publicada no *Diário da República* n.º 83, I Série de 30 de abril, p. 1757-1759.

dotado de um incontestado valor moral, que, embora só reconhecido por Portugal em 1978¹⁶, vem expressamente consagrado no artigo 16.º, n.º 2, da Constituição¹⁷, dotando-o de valor interpretativo e integrativo¹⁸.

Seguem-se documentos essenciais como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950¹⁹; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969²⁰; e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981²¹ que não cabe aqui desenvolver.

4. A consagração de direitos fundamentais pela União Europeia: dos tratados iniciais à proclamação e integração da Carta dos Direitos Fundamentais – um breve percurso²²

É da natureza da União Europeia (UE) criar e aplicar direito que se destina a Estados e a indivíduos. O seu sistema jurídico baseia-se num sistema de fontes e princípios próprio, num sistema institucional independente e em objetivos específicos, suscetíveis de cobrirem todos os domínios da regulação jurídica. A ordem jurídica da União

¹⁶ Publicada no *Diário da República, I Série A*, n.º 57/78 de 9 de Março.

¹⁷ Ver MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 2012, p. 195, e ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2017.

¹⁸ Jorge Miranda em artigo de opinião, disponível em <https://www.publico.pt/2018/12/12/politica/opiniao/declaracao-universal-direitos-homem-constituicao-portuguesa-1854353>, consulta em 12/12/2018.

¹⁹ Texto em <http://gddc.ministeriopublico.pt/perguntas-frequentes/conselho-da-europa-0?menu=direitos-humanos>. Consulta em 20/02/2019.

²⁰ Texto em <http://gddc.ministeriopublico.pt/perguntas-frequentes/o-sistema-inte-ramericano-organizacao-de-estado-americanos?menu=direitos-humanos>. Consulta em 20/02/2019.

²¹ Texto em <http://gddc.ministeriopublico.pt/perguntas-frequentes/uniao-africana?menu=direitos-humanos>. Consulta em 20/02/2019.

²² Por tudo, seguiu-se PACHECO, Fátima. *Entre limites e expansibilidade: as disposições horizontais da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Tese, 2014.

goza de prevalência na sua aplicação, implica a inaplicabilidade das normas nacionais contrárias, e obriga os tribunais e as administrações nacionais a assegurarem tal prevalência e efetividade.

Uma entidade com atribuições tão vastas e com tão grande capacidade de penetração nos direitos internos, para além de se afastar dos parâmetros internacionais clássicos, teria de caminhar ao encontro dos Direitos Fundamentais. Assim, em profundo contraste com os tratados iniciais, a União Europeia de hoje afirma-se como um espaço jurisdicional que, muito embora desprovido de uma estrutura centralizada de Direitos Fundamentais, apresenta já um sistema de protecção verdadeiramente autónomo. Estamos em crer que a institucionalização da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) veio criar um verdadeiro subsistema dentro do sistema geral de protecção de Direitos Fundamentais. Estes direitos foram também objeto de protecção a nível jurídico-institucional, pertencendo agora ao tempo dos humanos o seu enraizamento no sentimento de pertença à União.

Nos tratados iniciais não existia qualquer catálogo de Direitos Fundamentais, por isso foi o vanguardismo da atividade jurisprudencial que permitiu que tais direitos fossem configurados como princípios estruturantes da ordem jurídica da União. Na realidade, os tratados em vigor já conferem Direitos Fundamentais diretamente aos indivíduos, senão veja-se: o seu preâmbulo confirma o *«apego dos europeus por os direitos do Homem e liberdades fundamentais»*; o artigo 2.º TUE refere-os como um dos valores em que se funda a União; o artigo 3.º enuncia o objetivo de os promover; o seu artigo 6.º, n.º 1, reconhece a existência de um catálogo de direitos, princípios e objetivos (CDFUE), o seu n.º 2 menciona o compromisso da União aderir ao sistema internacional regional de protecção de direitos fundamentais; o artigo 7.º consagra um processo de incumprimento especial para os Estados que violam ou ameaçam violar os valores referidos no artigo 2.º; os tratados contêm várias disposições que os

contemplam e uma política externa de direitos humanos; e existe uma agência para a sua verificação²³. A crescer a tais constatações, um volver de olhos pela jurisprudência do TJUE revela um profundo ativismo em assuntos de justiça criminal, liberdade, segurança e justiça, proteção de dados, situação da família, cidadania, liberdades fundamentais, asilo e imigração e meios antiterroristas. É, portanto, seguro asseverar que a UE dispõe de um sistema de proteção de direitos fundamentais verdadeiramente autónomo que assenta nos direitos consignados na CDFUE; nos direitos previstos nos tratados; e nos princípios gerais de direito da União, deles fazendo parte incindível as tradições constitucionais comuns e o conteúdo dos direitos consagrados na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) – ainda que interpretados e aplicados sob o crivo do direito da União. Neste contexto, o sistema de proteção dos Direitos Fundamentais da União apresenta-se como um sistema interno de proteção de uma verdadeira União de Direito integrada que está num universo de diferenciados ordenamentos nacionais.

Foi no Conselho Europeu de Colónia, em junho de 1999, que se aprovou a criação de uma instância *ad hoc*, cujo objetivo se consubstanciava em apresentar um projeto de Carta de Direitos Fundamentais «(...) *na qual ficassem consignados, com toda a evidência, a importância primordial de tais direitos e o seu alcance para os cidadãos*

²³ A Agência Europeia para os Direitos Fundamentais, disponível em <https://fra.europa.eu/pt>. Por outro lado, o papel do Representante Especial da União Europeia para os Direitos Humanos é o de aumentar a eficácia e a visibilidade da política de Direitos Humanos em estreita colaboração com o Serviço Europeu para a Ação Externa (SEAE). *Eamon Gilmore* é o atual representante especial da União Europeia (REUE) para os Direitos Humanos pela Decisão (PESC) 2019/346 do Conselho de 28 de fevereiro de 2019, JOUE C 62 de 01.03.2019, p. 12-15. O cargo fora ocupado por *Stavros Lambrinidis*, nomeado em julho de 2012, como primeiro Representante Especial temático da UE. Ver Decisão (PESC) 2017/346 do Conselho de 27 de fevereiro de 2017 que prorrogou o mandato do Representante Especial da União Europeia para os Direitos Humanos, JOEL L 50 de 28.02.2017, p. 66-69, e a Decisão (PESC) 2018/225 do Conselho de 15 de fevereiro de 2018 que altera a Decisão (PESC) 2017/346, no JOUE L 43 de 16.02.2018, p. 14.

da união». ²⁴ Tratava-se, portanto, de dar visibilidade aos direitos, liberdades e princípios reconhecidos pela União. A instância designar-se-ia por “Convenção” ²⁵ e teria sido mandatada para redigir o referido projeto, cuja versão final foi apresentada à apreciação dos Chefes de Estado ou do Governo, reunidos em Biarritz, em Outubro do mesmo ano. Uma vez verificado o consenso dos Estados-Membros, a Carta foi aceite solenemente no Conselho Europeu de Nice e proclamada pelos presidentes do Parlamento Europeu, Conselho e Comissão. Após a assinatura conjunta desses presidentes, a Carta foi proclamada em 7 de Dezembro de 2000. Porém, não obstante o consenso obtido quanto aos direitos a consagrar, não se logrou a sua incorporação nos tratados, apenas sendo possível enquadrá-la como um acordo interinstitucional ²⁶.

A elaboração da Carta materializou uma experiência constituinte no processo de constitucionalização gradual dos tratados. Na verdade,

²⁴ Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Colónia, de 3-4 de junho de 1999, § 18 e Anexo IV. Disponível em <http://ue.eu.int/ueDoc/cms-Data/docs/pressData/en/ec/Kolnen.htm>

²⁵ Quanto ao procedimento para a sua elaboração, vd. Conclusões do Conselho Europeu de Tampere, 15 e 16 de outubro de 1999 (<http://db.consilium.ei.int>). A Convenção era constituída por chefes de Estado e do Governo e por um representante do Presidente da Comissão, bem como membros do Parlamento Europeu e dos parlamentos nacionais, a que se juntaram observadores permanentes do TJCE, e do Conselho da Europa. O Comité Económico e Social, o Comité das Regiões, o Provedor de Justiça Europeu, e vários representantes da sociedade civil apresentaram as suas observações. Seria ainda criada uma mesa – constituída por um vice-presidente dos governos dos Estados Membros, outro do grupo dos deputados europeus e, outro ainda, dos deputados nacionais, designada “Praesidium”, cujas reuniões teriam a participação do presidente da Convenção, dos presidentes de cada grupo de trabalho e do representante da Comissão.

²⁶ Neste sentido, vd. DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia e Direitos Fundamentais – no espaço da internormatividade*. 2006, p. 150, qualificando a Carta como «acordo interinstitucional, a Carta foi publicada, em 18 de dezembro de 2000, na Série C do JOCE, o que não aconteceria caso ela se limitasse a ser uma mera declaração política». Ainda QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia – Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia*. 2013, p. 154; VITORINO, António. *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, 2002, p. 48, e LA ROCHÈRE Jacqueline Dutheil de. *Les droits fondamentaux reconnus par la Charte et leurs applications*, 2002, p. 227-253.

não obstante a sua imediata falta de vinculatividade, não se poderia ignorar que ela tinha sido redigida no pressuposto de vir a ser integrada nos tratados (doutrina *as if*), para assim garantir a visibilidade e segurança jurídica na criação e aplicação do direito.

4.1. O lugar da Carta de Nice a Lisboa

A questão da vinculatividade da Carta foi discutida na “Convenção Sobre o Futuro da Europa” que se destinava a preparar as decisões fundamentais a tomar pela CIG de 2004²⁷. Esta nova Convenção, convocada pelo Conselho Europeu de Laeken (Bélgica), em dezembro de 2001, tinha como objetivo contribuir para um processo de revisão dos tratados global, transparente e participado, com vista ao estabelecimento do futuro da União. Este desiderato passava pela elaboração de um documento que poderia ser um “Tratado” ou um “Texto Constitucional”, tão breve quanto possível, ou seja, antes das eleições ao Parlamento Europeu, em Junho de 2004. Neste contexto, o Relatório Final do Grupo II encarregue de analisar a questão da integração da Carta (e adesão à CEDH), tendia para a sua inserção no corpo dos tratados (início, Título ou Capítulo) ou, em alternativa, pela sua indicação num artigo que lhe fizesse referência. Todavia, como é sabido, os referendos negativos em França e na Holanda, em 2005, ditaram o fim do TECE, que nunca teria vindo à luz. Nessas circunstâncias, os chefes de Estado e de Governo dos Estados-Membros, em

²⁷ Os trabalhos desta Convenção, iniciados em fevereiro de 2002, redigiram o projeto de “TCECE,” adotado por consenso, em Junho de 2003 e destinava-se a ser submetido à Conferência Intergovernamental de Revisão dos Tratados, a quem caberia decidir nos termos gerais do procedimento previsto no artigo 48.º TUE, ou seja: a necessitar de ratificação de todos os Estados Membros. A Declaração n.º 23, anexa ao TN, já previa a realização da CIG de 2004, onde se discutiriam vários problemas sobre o futuro da Europa, nomeadamente: a repartição de competências; o estatuto da Carta (n.º 5 da Declaração respeitante ao futuro da União); a simplificação dos tratados e o papel dos parlamentos nacionais.

Junho de 2005, decidiram iniciar um período de reflexão sobre o futuro da Europa. Em 22 de junho de 2007, retomando o procedimento clássico de reforma dos tratados, o Conselho Europeu acordaria em convocar uma CIG para a redação e aprovação de um «Tratado Reformador», ou dito de outra maneira: de um tratado modificativo dos tratados anteriores. A conferência culminou na obtenção de um acordo político na cimeira informal de Chefes de Estado ou de Governo, em Lisboa, em Outubro do mesmo ano. No dia 13 de Dezembro, de 2007, foi assinado o novo tratado²⁸, em Lisboa, por ocasião da presidência portuguesa. Este tratado ditou o fim da Comunidade Europeia e a sua substituição pela União Europeia, finalmente, com reconhecimento expresso da sua personalidade jurídica.

Ao longo deste processo a Carta viria a sofrer adaptações, tendo a sua versão definitiva sido publicada no JOUE C 303, de 14 de Dezembro de 2007. Foram, ainda, adicionadas as “Anotações”, redigidas pela Convenção de 2000, e atualizadas sob responsabilidade do *Praesidium* da Convenção sobre o futuro da Europa, de 2003, para as quais o disposto no 3.º § do n.º 1 do artigo 6.º TUE, o 5.º § do Preâmbulo, e o n.º 7 do artigo 52.º remetem expressamente. Trata-se de um imprescindível elemento de interpretação autêntica, sem contudo possuírem o valor jurídico-convencional do direito originário. Não se trata de meros trabalhos preparatórios, nos termos defi-

²⁸ Em 1 de Dezembro, de 2009, entrou em vigor o Tratado de Lisboa (TL), abrindo uma «nova etapa no processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa». Mantendo a natureza internacional dos tratados constitutivos, e permitindo a coexistência de regimes jurídicos diferenciados, este tratado alterou o TUE e o TCE, extinguindo a Comunidade Europeia, na qual a União se fundava e com a qual coexistia. A reforma dos tratados deu origem a dois novos textos internacionais, com o mesmo valor jurídico, na base dos quais se enquadra o novo estatuto da UE. A União funda-se no Tratado da União Europeia (TUE) e no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), substituindo e sucedendo à Comunidade Europeia. O TL tem uma natureza transitória, uma vez que apenas contém as alterações que deviam ser inseridas nos tratados que constituíam o direito originário da União Europeia. Do direito originário faz ainda parte o TCEEA, instituído em 1957, sem alterações de substância desde aí.

nidos pela Convenção de Viena sobre direito dos tratados, de 1969²⁹, mas sim de um pragmático instrumento para a clarificação do conteúdo dos direitos e do processo formativo da Carta.

Com a integração da Carta nos tratados, a União passou a dispor de um catálogo próprio de Direitos Fundamentais, mediante a sua inserção em texto avulso, tendo-lhe sido “reconhecido” efeito jurídico por via da entrada em vigor do TL, nos termos previstos pelo artigo 6.º, n.º 1, TUE, que prevê a remissão para a Carta, assim lhe conferindo a necessária juridicidade.

4.2. Conteúdo da Carta dos Direitos Fundamentais

Foi deste modo que se constitucionalizou um autónomo catálogo de Direitos Fundamentais, ainda que circunscrito à reafirmação dos direitos já revelados pelo Tribunal. Com efeito, nos termos do 5.º § do seu Preâmbulo, declara-se que a Carta “reafirma” direitos cuja origem decorria das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns dos seus Estados-Membros, da CEDH, das Cartas Sociais aprovadas pela União e pelo Conselho da Europa, bem como da jurisprudência do TJUE e do TEDH.

Ora, a Carta dispõe de Preâmbulo próprio, regras de aplicação e de interpretação especiais, e Anotações específicas. Nessa medida, constitui uma peça jurídica independente que criou um sistema interno específico integrado no sistema, mais lato, de proteção dos Direitos Fundamentais da União. Ou seja, o Tratado de Lisboa outorga valor de tratado internacional à própria Carta, sem que a tenha submetido aos mecanismos de aprovação internacional. Desta forma, embora de modo diferenciado relativamente ao previsto no TECE, a

²⁹ Texto em <http://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-de-viena-sobre-o-direito-dos-tratados-0>. Consulta em 19/02/2019.

Carta adquiriu – por via do artigo 6.º, n.º 1, TUE – valor de *hard law*, passando a gozar da mesma força jurídica do direito originário ou primário. Uma vez que «*tem o mesmo valor jurídico dos Tratados*», a Carta beneficia da sindicabilidade jurídica de que goza qualquer disposição dos tratados.

Reconhecendo e refundindo³⁰ tais direitos, o seu conteúdo refletiu o “adquirido comunitário e europeu” no domínio dos Direitos Fundamentais. Por outro lado, codificando direitos e princípios³¹, a Carta legitimou a atuação da União enquanto estrutura política e espaço comum de valores. Tendo o seu objetivo prioritário a proteção dos indivíduos face ao poder político, primeira vocação de uma declaração de direitos, a Carta permitiu envolver as pessoas no centro do processo de integração europeia. A União adquiriu finalmente a sua alma: os direitos fundamentais figuram num texto repleto de valores universais³². Tratou-se, portanto, de dar à luz o primeiro instrumento “comunitário” com intencionalidade normativa que positivou os direitos fundamentais da União, oferecendo aos indivíduos um conjunto de normas suscetíveis de serem invocadas contra os seus titulares passivos. Nesta medida, a Carta materializou um claro e único momento de impulso constituinte, no seio da União Europeia.

³⁰ Falando de uma refundição de todo o direito anterior à proclamação da Carta, vd. MENÉNDEZ, Agustín José. «Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional», 2004, p. 93-126.

³¹ Enfatizando a Carta enquanto «*instrumento declarativo e codificador de direitos já reconhecidos no âmbito da ordem jurídica comunitária*»; como expressão da continuidade do «*método comunitário dos pequenos passos*»; destacando que a proclamação solene precedeu à sua incorporação; e, negando a relevância constituinte da Carta, vd. DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia*, 2006, p. 132. Em sentido oposto, encarando a Carta como «*instrumento constitucional*», vd. MADURO, Miguel Poiares. *A Constituição plural – constitucionalismo e União Europeia*. 2006.

³² Para um debate entre a posição que antevia na Carta uma função integracionista, potencialmente constitucional, de identificação dos valores básicos comuns transcendentais aos Estados-Membros, e a perspetiva que afirmava que os direitos não criavam, de *per si*, uma identidade política, podendo enfraquecer a integração, vd. McCRUDDEN, Christopher. The future of the EU Charter of Fundamental Rights, in *Jean Monnet working papers*, n.º 10/01.

Para a sua elaboração, os redatores da Carta recorreram a vários tipos de fontes³³, tais como: preceitos consignados na CEDH, na Carta Social Europeia³⁴, na Carta Comunitária de Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores³⁵, nos próprios Tratados (assim reforçando a sua fundamentalidade), e também, nas tradições constitucionais e nas obrigações internacionais comuns aos seus Estados-Membros, incluindo jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH)³⁶ e do TJUE, e ainda outros direitos provenientes de Pactos Internacionais. A CEDH e a Carta Social Europeia foram, respetivamente, fonte dos direitos de “Dignidade” (Título I), das “Liberdades” (Título II), da “Justiça” (Título VI), e da “Solidariedade” (Título IV). Os tratados inspiraram os direitos de “Cidadania” (Título V); e os outros instrumentos internacionais deram origem aos direitos dispersos. De referir, ainda, a existência de um grupo de direitos sem precedente histórico na União – *verbi gratia* a proibição do tráfico de pessoas, os direitos da bioética, o direito à objeção de consciência, os direitos das crianças, e a liberdade artística e científica, testemunhos da amplitude, versatilidade e atualidade da Carta.

Portanto, tal como já foi referido, em virtude do novo n.º 1 do artigo 6.º TUE, os direitos previstos na CDFUE passaram a gozar de efeito jurídico vinculativo, perdendo a natureza de princípios gerais

³³ Sobre as fontes utilizadas para cada um dos seus preceitos, vd. Anotações da presidência da Convenção relativas à Carta dos Direitos Fundamentais, in *Jornal Oficial* n.º 303 de 14/12/2007, p. 0017-0035. Sobre a extensão das fontes dos direitos fundamentais no sistema de direito da União Europeia e sua forma de sistematização, vd. PICOD, Fabrice – *Les sources*. In *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, 2000, p. 125-185.

³⁴ De 1996. Texto em <http://www.ministeriopublico.pt/instrumento/carta-social-europeia-revista-20>, consulta em 19/02/2019.

³⁵ De 1989. Texto em <http://ftp.infoeuropa.euroid.pt/database/000043001-000044000/000043646.pdf>, consulta em 19/02/2019.

³⁶ A realidade jurisprudencial do TEDH é mais vasta do que resulta dos limites materiais da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), afirmando que não deve fazer-se uma divisão estanque entre a esfera dos direitos civis e políticos e o domínio social.

de direito para passarem a ser normas internas constitutivas da União. O TL igualou o seu valor jurídico ao dos tratados, publicando-a do mesmo modo que os Protocolos e Declarações.

Sob o ponto de vista da sua sistematização, após um Preâmbulo onde se indicam os fundamentos e objetivos da União, a necessidade da proteção e a diversidade das suas fontes, a Carta desenrola-se em 54 artigos, agrupando ao longo de 6 Títulos, direitos de primeira, segunda e terceira geração, estabelecidos em torno dos valores comuns da União. Os direitos apresentam-se sistematizados em plano de igualdade e, exceção feita para os direitos de cidadania e os direitos específicos são quase todos eles atribuídos aos indivíduos, independentemente da sua nacionalidade. Esta universalidade ilustra uma manifestação da jusfundamentalidade europeia, pois permite a incorporação da igualdade: agregando os cidadãos e irradiando a sua influência a terceiras pessoas, densifica o valor indivisível da dignidade humana³⁷.

Sendo embora um texto único, a Carta apresenta uma divisão entre a sua parte substantiva e a sua parte interpretativa. A primeira responde ao apelo da visibilidade e certeza; a segunda, constituída pelas disposições horizontais, elucida sobre o seu alcance e forma de aplicação. Nessa medida – apesar de possuir um valor e regime idêntico ao dos tratados – apresenta-se como um instrumento jurídico autónomo e completo por relação com eles, o que justifica o Preâmbulo próprio e as Anotações adicionais, constituindo um acréscimo ao sistema geral de proteção de direitos fundamentais da União.

De referir que os destinatários da CDFUE são as instituições, órgãos e organismos da União, bem como os Estados-Membros, apenas quando aplicam o direito da União. A CDFUE nada acrescenta às atribuições e competências da União e das suas instituições (artigo

³⁷ Sobre esta questão vd. MARTINS, Ana Maria Guerra. «Les valeurs communes et la place de la Charte en Europe», 2003, p. 63-95.

51.º, n.º 1), não obstante comungar com as demais declarações de direitos uma vocação expansionista. No que toca ao alcance da sua aplicação e ao seu modo de interpretação, deve ter-se em conta que a restrição do exercício dos direitos englobados na CDFUE deve ser prevista por lei, respeitar o seu conteúdo essencial e observar a proporcionalidade (artigo 52.º, n.º 1). Acresce que quando a CDFUE se refere a direitos correspondentes aos previstos na CEDH, o seu sentido e âmbito deve ser pelo menos igual à proteção mínima garantida por aquela convenção (artigo 52.º, n.º 3); quando reconheça direitos fundamentais que decorrem das tradições constitucionais comuns, devem tais direitos ser interpretados de harmonia com elas (artigo 52.º, n.º 4). Ademais, a CDFUE impõe um elevado nível de proteção dos direitos que consigna no âmbito de aplicação do direito da União (artigo 53.º), e proíbe todas as situações em que a aplicação dos direitos fundamentais conduza à sua utilização abusiva (artigo 54.º).

Conclusão

Conforme indicado, apresentámos uma breve aproximação àquilo a que nos referimos quando pretendemos falar de direitos fundamentais. Sem esquecer a sempre fulcral origem dos textos da sua consagração, momento passado mas tão necessariamente presente devido ao seu permanente desrespeito, dedicámos maior atenção ao seu enquadramento pela União Europeia, como momento presente da nossa História.

Num percurso próprio, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia surge no século XXI, sem que existisse nos tratados institutivos da integração europeia qualquer catálogo de Direitos Fundamentais. Resultado duma profícua atividade jurisprudencial, tais direitos foram configurados como princípios estruturantes da ordem jurídica da União, e agora conhecem a sua positivação num

catálogo que pode ser invocado nos Tribunais da União e nos nacionais. É nesta vinculatividade que reside a força do sistema supraestadual de proteção de direitos que a União Europeia consegue assegurar aos seus titulares.

Referências Bibliográficas

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Reimpressão 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2017.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Coimbra, Almedina, 2001.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11.^a ed.. Brasília: Editora UnB, 2000.
- BRITO, Miguel Nogueira de. *A Constituição Constituinte*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia e Direitos Fundamentais – no espaço da inter-normatividade*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2006.
- MADURO, Miguel Poiares. *A Constituição plural – constitucionalismo e União Europeia*. Cascais: Principia, 2006.
- MARTINS, Ana Maria Guerra. «Les valeurs communes et la place de la Charte en Europe», in *Estudos de Direito Público – Direito da União Europeia, Direito Internacional Público, Direito Constitucional*, Vol. I, p. 63-95. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- MCCRUDDEN, Christopher. The future of the EU Charter of Fundamental Rights, in *Jean Monnet working papers*, n.º 10/01. Texto em <http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/01/013001.html>
- MELRO, Ana; OLIVEIRA, Lídia (org.). *Constitutional Knowledge and its Impact on Citizenship Exercise in a Networked Society*. IGI Global, 2019.
- MENÉNDEZ, Agustin José. «Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional», in *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva Constitucional*, 2004, p. 93-126.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais*. Tomo IV. 5.^a ed. Coimbra Editora, 2012.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*. Tomo I, 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- PACHECO, Maria de Fátima de Castro Tavares Monteiro. *Entre limites e expansibilidade: as disposições horizontais da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Tese. Universidade Católica Portuguesa, Centro Regional do Porto, 2014.

- PACHECO, Fátima. Vários sistemas e várias respostas para a protecção internacional dos direitos humanos. *Revista Jurídica Portucalense*, N.º 23, 2018, p. 228-250. [http://dx.doi.org/10.21788/issn.2183-5705\(23\)2018](http://dx.doi.org/10.21788/issn.2183-5705(23)2018).
- PACHECO, Fátima. “O Sistema de Protecção dos Direitos Fundamentais na União Europeia – Entre a Autonomia e o Compromisso”, in *Julgar*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, 11-28.
- PICOD, Fabrice. «Les sources», in *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*. 2000, p. 125-185.
- PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- ROBERTSON, A. H.; MERRILLS, J. G. *Human Rights in the world*, 4.ª ed. Manchester: Manchester University Press, 1996.
- ROCHÈRE, Jacqueline Dutheil de la. Les droits fondamentaux reconnus par la Charte et leurs applications, in *REDP*, Vol. 14, n.º 1, 2002, p. 227-253.
- QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia – Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia*. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2013.
- VAZ, Afonso. *A teoria da Constituição Teoria da Constituição – o que é a Constituição hoje?* Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- VITORINO, António. *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Cascais: Príncipia, 2002.

**NON-DEROGABLE CORE OF CIVIL AND SOCIAL FUNDAMENTAL
RIGHTS IN LATIN AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW:
ARGENTINA, BOLIVIA, CHILE AND COLOMBIA COMPARATIVE
CASE STUDIES**

**O NÚCLEO INDERROGÁVEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CIVIS
E SOCIAIS NO DIREITO CONSTITUCIONAL LATINO-AMERICANO:
ESTUDO DE CASO COMPARADOS DA ARGENTINA, BOLÍVIA,
CHILE E COLÔMBIA**

Cláudia Ribeiro Pereira Nunes

Yale University, U.S.

<https://orcid.org/0000-0003-1718-6895>

Abstract: In the 70s, Bolivia, Argentina, Chile and Colombia suffered military coups that affected the regular exercise of fundamental rights, which were sometimes abolished. With the overrun of totalitarianism in these countries, the problem now is to define the exact delineation of the non-derogable core of fundamental rights in the current constitutions of these Latin American countries.

Keywords: Constitutional Courts; Latin-American Constitutions; Dialogues of Sources.

Resumo: Nos anos 70, a Bolívia, a Argentina, o Chile e a Colômbia sofreram golpes militares que afetaram o exercício

regular dos direitos fundamentais, às vezes abolidos. Com a superação do totalitarismo nesses países, o problema agora é definir a delimitação exata do núcleo não-derrogável dos direitos fundamentais nas atuais constituições desses países latino-americanos.

Palavras-chave: Tribunais Constitucionais; Constituições latino-americanas; Diálogo das Fontes.

Preliminary considerations¹

In order to establish such a non-derogable set of rights, be it in the global or regional sphere, sacrifices are necessary in order to delimit State sovereignty. Countries bound by the United Nations must submit to international bodies or committees, which can impose sanctions in the event of non-compliance or violation of rights or guarantees regarding to the protection of the individual.

International protection of human rights plays a leading role in the international institutions' agenda, restricting the State's actions, which under this new focus cannot afford to treat individuals as objects, dehumanized, without incurring responsibility in the international arena².

When established or implied in the federal constitutions by the political choice of a country, human rights are called Fundamental Rights. These are considered, *prima facie*, to be the minimum existential minimum rights necessary to maintain human existence in

¹ Epistemological basis of the description of Fundamental Rights: Nunes, Claudia Ribeiro Pereira – Adequate food in Brazil: Economic and social fundamental right?. In *Revised Legal Area*, see 17 (1), p. 167-186; Joassara: Federal University of the Southern Border (UFFS) – Campus Chapcô Campus, 2016.

² As an example, the Nuremberg Court overall, and more recently the special regional courts, such as the Inter-American Court of Human Rights.

the habitat as it is now known to us all, that is to say, those that are considered ‘[...] as the rights inherent to the very notion of the person [...], such as the rights which constitute the legal basis for human life [...]’³.

The general characteristics of Fundamental Rights are absolute, immutable and mathematical characteristics inherent to the human quality of their holders, and constitute a limited core of any legal order.⁴

The enshrining of Fundamental Rights derives from the changing paradigms offered by a number of struggles, which represent advances and setbacks. They have directly influenced the formation of modern constitutionalism, in a global and regional context, and consolidated the international human rights law as a symbol of the 20th century and the end of the Second World War.

These rights have become throughout history a way to comprehensively save human integrity according to the welfare design of every era of reform and change. The Portuguese lawyer, Vieira de Andrade wrote: “History reveals a system of fundamental rights at all times in the quest for human status”.⁵ Even in evolution, they are universal rights and cannot be derogated from, i.e. they must always be applied, and hence they cannot be derogated from.

³ Miranda, Jorge – *Manual de Direito Constitucional*, 3.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 10.

⁴ Sarlet, Wolfgang – *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6.^a ed. Rev. actual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 31.

⁵ Andrade, José Carlos Vieira de – *Os Direitos Fundamentais da Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, p. 3.

As Hannah Arendt explains, the right to become a human right is “the right to be entitled to rights”⁶, i.e. the right to be subject to rights, not to consider ethnic, racial or economic issues, and to reestablish the international order from the parameters that seek to create a non-derogable core of rights, in particular in respect of human dignity, by presenting tools capable of ensuring their effectiveness, by introducing ethics and morals in the setting of global and domestic standards.

There is no consensus on the terminology about the division, category, segmentation or classification of the subject studied so far. It has been clarified that fundamental rights reflect the achievements of human beings at a certain time for a better understanding and will be defined as civil and social⁷.

‘Fundamental civil rights’ are governed by the law due to the fact that they are established or conferred on constitutional law and refer to scientific studies, the main object of which is their individual freedoms, civil rights and civic rights, in their broad sense.⁸ The term “Fundamental Social Rights” is adopted in this research, in its broad sense, and includes economic, social, cultural and environmental rights.

With this in mind, we will look at the constitutions of the four Latin American countries under study, and which are the main features of constitutional jurisdiction in their respective Constitutional

⁶ Arendt, Hannah – *A Condição Humana*. Translation: Roberto Raposo. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 58.

⁷ The purpose of presenting Fundamental Rights dictomically as civil and social rights is to frame the subject under consideration, in accordance with the guidelines for scientific research methodologies and the scientific wording of this research. It is stressed that the classification of fundamental rights is a controversial topic (Canotilho, Joaquim José Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.^a ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 42).

⁸ Santos, Boaventura de Sousa – *Globalização e as Ciências Sociais*. 3.^a Ed. São Paulo: Editora Cortez, 2005, p. 18.

Courts, to consider how they derogate from fundamental civil and social rights.

1. Non-derogable core of Fundamental Rights in Argentina (Law 24.430, sanctioned in 1853 with reforms in the years 1860, 1866, 1898, 1957 and 1994)

Some of the civil fundamental rights have been explicitly established since 1860, the social partners having already been aggregated in the 1957 reform⁹.

After the 1994 reform, the single chapter on declarations, rights and guarantees has been revised, where the constitutional processes of protection¹⁰, for example *habeas corpus and habeas* are explicitly or implicitly acknowledged in the post-dictatorship constitutional movement in Latin America (Article 43)¹¹, in addition to the assign-

⁹ See, for example, Article 41. All inhabitants enjoy the right to a healthful, balanced environment fit for human development, so that productive activities satisfy current needs without compromising those of future generations, and have the duty to preserve the environment. Environmental damage shall generate as a priority the obligation to repair it under the terms that the law shall establish. And Article 42 – Consumers and users of goods and services have the right, in the consumer relationship, to the protection of health, safety and economic interests, to adequate and truthful information, to freedom of choice, and to conditions of equitable and dignified treatment.

¹⁰ Article 37 – This Constitución guarantees full enjoyment of political rights, in accordance with the principle of popular sovereignty and with the laws dictated pursuant thereto. Suffrage is universal, equal, secret and mandatory.

¹¹ Article 43 – Any person may file an expeditious and swift action of “amparo”, whenever no other more appropriate judicial means exists against any act of omission by public authorities or by private individuals, that presently or imminently harms, restricts, alters or threatens, in an arbitrary or manifestly illegal manner, the rights and guarantees recognized by this Constitución, by a treaty or by a law. As appropriate, the judge may declare the norm upon which the harmful act or omission is founded unconstitutional.

ment of constitutional hierarchy to international instruments¹² dealing with human rights (Article 75, Section XXII, § 2)¹³, which has led to a remarkable indoctrinal development on the subject¹⁴.

In order to ensure the protection of the non-derogable core of fundamental rights, the reform of the system of constitutionality controls in the same year. The principles of the *review* in Argentina have been extracted from the principles implicit in the Constitution. The Constitution of the Argentine Nation, as well as that of the Uni-

¹² The international instruments received with the original constitutional hierarchy are: The American Declaration of the Rights and Duties of Man; the Universal Declaration of Human Rights, the American Convention on Human Rights; the International Covenant on Civil and Political Rights and its Optional Protocol; the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide; the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination; the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women; the Convention against Torture and other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment; and the Convention on the Rights of the Child. It is noted that the Constitution of the Argentinean nation expressly enshrines the principle of the supremacy of international treaties: Article 31. This Constitución, the laws of the National as a result of therefrom may be enacted by the Congress, and treaties with foreign powers, are the supreme law of the Nation [...] and Art. 116. The Supreme Court of Justice and the lower courts of the Nation have jurisdiction over and decide all cases that deal with matters governed by the Constitution and the laws of the Nation.

¹³ Article 75 – The Congress shall have power:[...] 22. To approve or reject treaties entered with other nations and with international organizations, and concordats with the Holy See. Treaties and concordats have higher standing than laws.[...] § 2 Other treaties and conventions on human rights, after being approved by Congress, shall require the vote of two-thirds of the totality of the members of each Chamber in order to enjoy standing on the same level as the Constitution. The Argentinean society seeks to promote and achieve full and comprehensive development, a vision which is complementary to the provision set out in indent XIX of Article 75 of the Argentinean National Constitution, which sets out as an empowerment of the Congress to promote human development and economic progress with social justice.

¹⁴ For example, indoctrinal development: “By way of conclusion, es indent 2 entitled ‘New Rights and Guarantees’ as laid down in the Treaties of Rights, cited above, to which we are entitled, to the extent that we are obliged to aggregate the recognition of the ethnic and cultural pre-existence of indigenous Argentine peoples (Article 75, § 17), dogmatic and legal aspects have been added in a very auspicious way, integrating new rights, new duties and new guarantees that dignify the individual, but many are already established in the Argentine legal order and are now recognized in the Constitution” (Haro, Ricardo – Fundamentals of the Argentine Constitutional Reform of 1994. In *Constitutional Thinking*, year VI, n.º 6 Buenos Aires: UBA Editor, 1999, p. 474-475).

ted States, does not explicitly establish how it will carry out the control¹⁵. In the light of the theme, Manili and Alfonsín observe the similarity of the American constitutionalism and the Argentinean constitutionalism:

The terms of the American Constitution and those of ours coincide perfectly as to the Jurisdiction of the Supreme Courts of Justice for the interpretation of la Constitution [...] ¹⁶

The precedent case law granting the protection of fundamental rights to the Judiciary was the *Sojo* case ¹¹, judged in 1887 by the Supreme Court of Argentina¹⁷.

It appears that the Argentine Nation's constitution, in addition to establishing the non-derogable core of fundamental rights, has put in place a number of mechanisms to ensure the effectiveness of this core, and the Constitutional Court seeks to ensure the rights of the minority classes and to state them in their diversity, albeit with some difficulty.

¹⁵ The Constitution of the Argentine nation expressly enshrines the principle of the supremacy of the Treaties: Article 31. This Constitution, the laws of the Nation that as a result thereof may be enacted by the Congress, and treaties with foreign powers, are the supreme law of the Nation [...] and Art. 116. The Supreme Court of Justice and the lower courts of the Nation have jurisdiction over and decide all cases that deal with matters governed by the Constitution and the laws of the Nation.

¹⁶ Manili, Pablo Luis; Alfonsín, Marcelo A. López – ¿Quién debe ejercer el control de constitucionalidad en Argentina? In Bazán, Victor. *Defence de la Constitución: Garantismo y controles*: Libro en reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart. Buenos Aires: Ediar, 2003, p. 532. They also explain that the Argentine Constitution, since its enactment in 1853, has adopted the US model of the *judicial review*, as it is the responsibility of the various bodies of the judiciary, through a diffuse control, to check the constitutionality of laws and normative acts. The Supreme Court of Justice will ultimately be responsible for examining and deciding on disputes involving fundamental principles.

¹⁷ Even if in previous precedents, the Constitutional Court of Argentina has already decided on the constitutionality of a decree issued by the Government in relation to two provincial laws, as in the case of *Rio Ramón y otros*, of 4 December 1863 and *Sunday Mendoza* and another *c/Province of San Luis*, of 5 December 1865.

2. Non-derogable core of fundamental rights in the State Political Constitution of 2009

In the State Political Constitution, a non-derogable core of fundamental rights has been established in Title II – Fundamental Rights and Guarantees, in addition to the assignment of constitutional hierarchy to international instruments that deal with human rights, in accordance with Article 13 of Chapter 1 – General Matters:

Article 13.I. The rights recognized in this Constitution are inviolable, universal, inter-dependent, indivisible and progressive. The State has the duty to promote, protect and respect them. II. The rights declared in this Constitution shall not be understood to deny other rights that are not enumerated. III. The classification of the rights established in this Constitution does not determine any hierarchy or superiority of some rights over others: IV. International treaties and conventions ratified by the Pluri-National Legislative Assembly (Asamblea Legislativa), which recognize human rights and prohibit their limitation in States of Emergency, prevail over internal law. The rights and duties consecrated in this Constitution shall be interpreted in accordance with the International Human Rights Treaties ratified by Bolivia.

Bolivia, in order to ensure the protection of the non-derogable fundamental rights core, has repeatedly introduced the control forecast, modeled on the basis of the North American model. The Constitutional Court was established in the Constitution of 1994 and maintained in the following instrument. The Court started its operation in 1999. Under the constitutions, it is independent, subject only to the Constitution, in charge of the abstract and concrete, repressive and preventive scrutiny, the protection of individual fundamental rights, the solution of conflicts of jurisdiction and the actions of nullities.

As regards constitutional jurisdiction, until the 1994 reform all decisions on the subject had binding effect only on claimants (*inter parties*) after the effect of the decisions became *erga omnes*.

In 1999, the Constitutional Court began to act. A review of the constitutionality of laws was encouraged. However, their effectiveness must be contested. Although the Constitution has organized a non-derogable core of fundamental rights, including the protection of indigenous groups, the Constitutional Court has been slow in guaranteeing fundamental rights for two reasons: (I) the high number of cases, given the large list of competences; and (ii) corruption.

4. The non-derogable core of fundamental rights in the political constitution of Chile of 2005

The Constitution organizes a non-derogable core of fundamental rights founded on the commitment to preserve unity, peace and justice, enabling the expression of a plural Chilean society in its structures and political ideals, where each of the sectors is part of the system, so that the decisions represent the political society as a whole.

The Constitution guarantees the fundamental rights arising from the human nature and provides for legal provisions in a number of ways. One of the most important is Article 19¹⁸, which assigns to State bodies the duty to respect and to promote, within limits intrinsic to sovereignty, the rights guaranteed by the Constitution.

¹⁸ Article 19. The Constitution assures to all persons: 1. The right to life and to the physical and psychological integrity of the person. The law protects the life of those about to be born. The death penalty can only be established for a crime provided for in a law adopted by qualified quorum. The application of any illegitimate pressure is prohibited; 2. Equality before the law. In Chile there is no privileged person or group. In Chile there are no slaves, and [any] one that sets foot on its territory becomes free. Men and women are equal before the law. Neither the law nor any authority can establish arbitrary differences.

The Constitution covers a widespread number of fundamental rights, of which Article 19, XXVI, refers to the fact that it is expressly derogated from it.

Ortiz Gutiérrez explained the topic:

[...] the following requirements have been adopted which, under the mandate of the Constitution, are limited in the cases where it authorizes.¹⁹

In general, this Constitution is the one that best authorizes civil and social rights, which are still incomplete when compared with other Latin American constitutions studied in research.

On the other hand, complementing the social rights expressed in the Chilean constitution, as it is the duty of the State to respect and promote the supranational rights established by the treaties ratified by Chile, it can be understood that it is the International Covenant on Social, Economic and Cultural Rights (ICESCR) that works as the international standard which forms part of the non-derogable core of the fundamental rights of human rights (see Article 5²⁰).

One of the hallmarks of that Constitution is the dissemination of the democratic principle in all spheres of power, culminating in the democratization of constitutional justice, whether by involving different powers in the composition of the Constitutional Court, or in its

¹⁹ Gutiérrez, Julio César Ortiz – La evolución político-constitucional de la República de Colombia 1976-2005. In *Studios constitucionales*, v.6, n.º 2, p. 247-300, Santiago: EP, 2008. Available at <http://www.scielo.cl>. Accessed on 28 June 2016, p. 339.

²⁰ Article 5. Sovereignty resides intrinsically in the Nation. Its exercise is realized by the people through the plebiscite and periodic elections, and also, by the authorities that this Constitution establishes. No sector of the people nor any individual may arrogate its exercise. The exercise of sovereignty recognizes as a limitation the respect for the essential rights which emanate from human nature. It is the duty of the organs of the State to respect and promote those rights, guaranteed by this Constitution, as well as by the international treaties ratified by Chile and which are in force.

form of action, by means of the mechanisms that give it the constitution, bringing a balance to the complex legal order.²¹

By combining various mechanisms, including the extensive democratic exercise and action of a body capable of protecting the non-derogable core of constitutional precepts, it thus makes it possible to find a necessary balance between the authorities.

The Constitutional Court, at the basis of the restructuring of the Latin American legal system, is gaining relevance as to the performance of its tasks, as well as being concerned by the protection and the guarantee of the constitutional order and the defence of the State itself.

That Constitution provides for a far-reaching core of rights. It appears that there is a conflict and/or differing levels between national and international standards. For example, there can be no conditions, taxes or any other requirements affecting the free exercise of constitutional terms, but there are difficulties in delimiting confiscation in the legislation.

As for the Constitutional Court, which is the guardian of the State, it is still to recognize the social complexity and guarantee the non-derogable core of fundamental rights made up of national and international standards.

²¹ The democratic focus is taught by Zacharias Ribeiro: "It is a subject which flourishes after the end of the Latin American dictatorships in the 1980s, although it is a matter that has never lost importance, it is a matter that has never lost its importance, in so far as Latin America will discuss the legitimacy of supposedly democratic regimes that took over government in countries such as Venezuela and Bolivia, where the leadership of left-wing parties leads to the rise of nationalist and populist shades, which, as shown in recent history of nations, result in an imbalance between political forces and, thus, by means of reflection, lead to an imbalance between powers that are formed earlier or later, culminating in a dictatorship. (Ribeiro, Gustavo Henrique Zacharias – Chile's constitutional justice under the democratic approach. In Tavares, André Ramos (coord.) – *Constitutional Justice and democracy in Latin America*. Belo Horizonte: Forum, 2008, p. 155-179).

4. The non-derogable core of fundamental rights in the Constitution Policy of Colombia 1991.

The 1991 constitutional text began the process of restructuring and democratization in the country, one of the most important political structures in Colombia's history.

The path to Colombian reconstruction to consolidate democratic governability needs the institutional and material conditions necessary to break the conservatism, or the development of the country will be hard. At the time, there are deep social, economic and cultural weaknesses threatening the legitimacy of this political system.

Among the transformations in the Constitution, the non-derogable core of Fundamental Rights can be found in Title II – Rights, Guarantees and Duties, which is made up of chapters: Chapter 1, Fundamental Rights (Articles 11-41); Chapter 2 – Social, Economic, and Cultural Rights (Articles 42-77); Chapter 3 – Collective Rights and the Environment (Articles 78-82); Chapter 4 – The Protection and Application of Rights (Articles 83-94) and Chapter 5 – Duties and Obligations (Articles 95-97).

In Chapter 3, which deals with collective rights and the environment, there is a diversity of protection, namely:

Article 79. Every individual has the right to enjoy a healthy environment. The law will guarantee the community's participation in the decisions that may affect it.

It is the duty of the State to protect the diversity and integrity of the environment, to conserve the areas of special ecological importance, and to foster education for the achievement of these ends.

Specifically, in Articles 93 and 94, the international treaties and conventions on human rights are applied when ratified by the Con-

gress, in addition to enabling the interpretation of Fundamental Rights in accordance with the ratified international treaties,

Article 93. International treaties and agreements ratified by Congress that recognize human rights and prohibit their limitation in states of emergency have domestic priority.

The rights and duties mentioned in this Charter will be interpreted in accordance with international treaties on human rights ratified by Colombia.

The Colombian State may recognize the jurisdiction of the International Criminal Court in terms of the Rome Statute adopted on July 17, 1998 by the United Nations Plenipotentiary's Conference and, consequently, ratify said treaty in accordance with the procedure established by this Constitution.

The admission of a different treatment on substantial matters by the Rome Statute with respect to the guarantees contained in this Constitution will produce effects only within the scope of application of the latter.

Article 94. The enunciation of the rights and guarantees contained in the Constitution and in international agreements in effect should not be understood as a negation of others which, being inherent to the human being, are not expressly mentioned in them.

Finally, as the constitutional text states, there is also a concern, in addition to ensuring a hard core of civil and social rights for all Colombians, which is the respect of citizens and institutions of the state:

Article 95. The quality of being Colombian enhances all members of the national community. Everyone has the duty to exalt and dignify it. The exercise of the rights and liberties recognized in this Constitution implies responsibilities.

The following are duties of the individual and of the citizen:

1. To respect others' rights and not to abuse one's own;

2. To strive in accordance with the principle of social solidarity, responding with humanitarian actions in the face of situations that endanger the life or the health of individuals;

3. To respect and support the democratic authorities legitimately constituted to maintain national independence and integrity;

4. To defend and propagate human rights as the foundation of peaceful coexistence;

5. To participate in the country's political, civic, and community life;

6. To strive toward achieving and maintaining peace;

7. To collaborate toward the good functioning of the administration of justice;

8. To protect the country's cultural and natural resources and to keep watch that a healthy environment is being preserved;

9. To contribute to the financing of the State's expenditures and investments within the principles of justice and equity.

With regard to the Colombian Constitutional Court, there is protection under Chapter 4 of the Constitution in Articles 83 to 91²².

²² Article 86. Every individual may claim legal protection before the judge, at any time or place, through a preferential and summary proceeding, in accordance with the provisions of the European Parliament and of the Council, by means of a procedure in accordance with the principles set out in Annex I to Regulation (EC) No 1370/2007 of the European Parliament and of the Council (OJ L 347, 20.12.2013, p. 1).

The protection will consist of an order so that whoever solicits such protection may receive it by a judge enjoining others to act or refrain from acting. The order, which will have to be implemented immediately, may be challenged before the competent judge, and in any case the latter may send it to the Constitutional Court for possible revision.

This action will be followed only when the affected person does not have access to other means of judicial defense, except when the former is used as a temporary device to avoid irreversible harm. In no case can more than ten (10) days elapse between the request for protection and its resolution.

The law will establish the cases in which the order of protection should apply to individuals entrusted with providing a public service or whose conduct may seriously and directly affect the collective interest or in respect of whom the applicant find himself/herself in a state of subordination or vulnerability.

Article 87. Any individual may appear before the legal authority to effect the application of a law or administrative act. In case of a successful action, the sentence will order the delinquent authority to perform its mandated duty.

The protection shall consist of an order for the person from whom the guardianship is requested, to act or to refrain from doing so. The decision, which will be immediately complied with, may be challenged before the competent court and, in any event, must be submitted to the Constitutional Court for revision.

At first sight, by establishing the non-derogable core of fundamental rights in the Constitution, mechanisms have been put in place to ensure the effectiveness of this core. However, the dissemination of judicial protection is not appropriate for real protection. The Constitutional Court could better guarantee the protection of diversity, which is still difficult.

Article 88. The law will regulate popular actions for the protection of collective rights and interests related to the homeland, space, public safety and health, administrative morality, the environment, free economic competition, and other areas of similar nature defined in it. It will also regulate the actions stemming from the harm caused to a large number of individuals, without barring appropriate individual action. In the same way, it will define cases of responsibility of a civil nature for the damage caused to collective rights and interests.

Article 89. In addition to what is mentioned in the previous articles, the law will determine the other resources, actions, and procedures necessary to protect, through the integrity of the legal order, the individual rights of groups or collectives against the acts or omissions of public authorities.

Article 90. The State will answer materially for the extralegal damages for which it is responsible, caused by the acts or omissions of public authorities. In the event that the State is ordered to make compensation for some damage or another, which may have been the consequence of the fraudulent or seriously criminal behavior of one of its agents, the former will have to claim restitution from the latter.

Article 91. In the case of a manifest violation of a constitutional precept which causes harm to another person, the fact that he/she acted on the order of a superior does not absolve the executing state agent from responsibility. The military in active service are exempt from this provision. As far as they are concerned, responsibility will fall exclusively on the superior officer who gives the order.

Article 92. Every person or legal entity may solicit from the competent authority the application of penal or disciplinary sanctions stemming from the behavior of public authorities.

5. The Dialogue on the Constitutional Systems of Latin American countries as one of the ways to secure the non-derogable core of fundamental rights.

Where a specific constitutional question, involving fundamental rights, is discussed simultaneously in the Constitutional Courts of two or more countries or between the Court of Appeal of a country and an International or supranational Court²³ and, in its decisions, where the apprenticeship and the validation of its decision are taken, the judgment (s) of the foreign or foreign Court (s) has been cited²⁴, and there is a “dialogue between different legal and constitutional systems²⁵”.

Marcelo Neves explains it well from a theoretical and practical viewpoint: it is known as “*transconstitutionalism*”²⁶. As the author

²³ Example of international or supranational courts: Division of Justice, International Criminal Court, United Nations, Inter-American Commission on Human Rights, Organization of American States: The European Court of Human Rights, as the Organization of the Council of Europe, which is given access for States subject to its jurisdiction through the ratification of international treaties.

²⁴ It is necessary to distinguish the use of alien or foreign elements from the use of international elements, “There are two types of law in question in this debate: the foreign law and international law. These two types of law are, at times, known by the doctrine, so that the cases involving the international agreement and Treaties, the evidence are different from the grounds that only variables that only variables that are to support the grounds of decision-making. The cases in which international conventions and Treaties are used with binding effect” (Bhuiyan, Sharif. National Law. In *WTO Law: Effectiveness and good governance in the world trading system*. Cambridge: University Press, 2007, p. 4).

²⁵ Neves, Marcelo – *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Fontes Martins, 2009, p. 153.

²⁶ Neves, op. cit., 2009, p. 153-154. There are a number of different theories that deal with the issue on screen. Two were chosen because they were the most present within the Latin American context and an author was chosen to explain each of them: (I) Cross-constitutionalism – this theory is the “use or use of foreign knowledge already developed around shared principles, by a common interpretative endeavour, in order to resolve constitutional matrix controversies which go beyond the boundaries of national territories and at the same time are discussed by constitutional, supranational and international courts – (Moraes, Guilherme Peña de – *Constitucionalismo multinacional: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 2-3); and (ii) the judicial dialogue – According to this theory, the organ

argues, it is not a comprehensive legal system such as that of Jürgen Habermas²⁷ or a global, international or supranational constitution.

Clarifying the issue, Régis Andrade, in her doctoral thesis, makes a history of the historic evolution of the non-derogability of the fundamental human rights in four continents, and understands that transformations since the 80s are a so-called “multitier legal system”²⁸ in the case of the study of protection to human beings in Latin America.

When the Constitutional Systems’ Dialogue on Fundamental Rights in these four Latin American countries is translated into a spontaneous dialogue, integrated to the needs of both domestic and Latin American countries, there is an exchange of motivations with the fundamental rights of each of the four countries to be made effective in the event of a violation or conflict.

In that context, theories in support of such inter-state relations arise, where foreign legislation is used as justification of the positions of Constitutional Courts or of Appeal within the countries under examination, which is permitted under the constitutions of the four Latin American countries, under review.

transplant or the transposition of court judgments has taken place, which consists of a vertical dialogue built between a constitutional court and a supranational or international court, by virtue of being bound by it by means of this dialogue and by bearing the same kind of law, in order to persuade them to use the foreign case-law – (Burgogues-Larsen, Laurence. *L’identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*. Paris: A. Pedone, 2011). It should be noted that the subject is examined by others in doctrines.

²⁷ On this matter, Habermas emphasizes: “In the light of the processes of opinion-forming and the desire of a general public sphere – but still focused on the globalization of society – a functional system will appear, which has become a rule and that, in turn, can only be perceived by the society as a whole from the perspective of a global system” (*Der Philosophische Diskurs der Moderne: Zwölf Vorlesungen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2001, p, 331-332)

²⁸ “The development of this modern method of constitutionalism ties in with the prospects for a dynamic movement, able to meet the needs of an increasingly complex society, and requires the right operators to exercise judgment to overcome the old sovereignty concepts, which can assist in the solution of conflicts with different strategies by means of two or more constitutional systems.” (Andrade, Régis Willyan da Silva – *Sistema Jurídico Multinível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018, 147-148).

The role of this dialogue between constitutional systems is to promote the exchange of constitutional elements between supposedly self-sufficient agents²⁹, with a view to establishing cooperation between States, and seeking to form an international case the core of which is the non-derogability of fundamental civil and social rights.

Final Considerations

On the Latin American side, it is worth noting that each State treats different exceptions to fundamental rights, although they all have in place a hard core in their constitutions, capable of guiding and respecting the internal diversity of each country and, at the same time, serving as a basis for trials in international or supranational bodies.

In order to ensure effective protection, the suggestion is to point out the recognition of the diversity of the countries in question, and within this premise to identify and establish mechanisms capable of strengthening the non-derogable core of civil and social rights, in addition to meeting the needs and specificities of each country.

The search for the creation of a non-derogable core of fundamental rights in the constitutions of the four Latin American countries under examination covered Argentina, Bolivia, Chile and Colombia.

It is also understood that the dialogue between Constitutional systems, which is expressly or implicitly used by the courts or the Constitutional Courts of these countries, is in keeping with the ideals of liberalism, in defining state sovereignty and at odds with the basic principles of non-intervention in the civil and social rights of the countries concerned, and is therefore a matter of discussion about the sphere of action.

²⁹ Andrade, *Op. cit.*, 2018 p. 166.

The challenges encountered in international law, among others, are not only in the context of international standards, the means and the actions for which fundamental human rights can be implemented, and supports the creation of such a non-derogable core of fundamental rights.

Although fundamental civil and social rights have been affirmed in the constitutions of the states, recognized and proclaimed at international level, they encounter difficulties both at global and regional level to ensure their effectiveness.

With the dialogue on Constitutional Systems, the protection of civil and social fundamental rights has a new ethical paradigm in Argentina, Bolivia, Chile and Colombia, in order to reintroduce moral hazard in positive systems, breaking away with totalitarianism, which has not been recognized in the past, and guaranteeing human rights ownership, and the need to rebuild some of the human rights in a minimum category of civil and social fundamental rights.

Bibliographical References

- Andrade, Régis Willyan da Silva – *Sistema Jurídico Multinível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018
- Arendt, Hannah – *A Condição Humana*. Raposo, Roberto. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- Bhuiyan, Sharif – National Law. In *WTO Law: Effectiveness and good governance in the world trading system*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- Burgorgue-Larsen, Laurence – *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*. Paris: A. Pedone, 2011
- Canotilho, J. J. Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.^a ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- Gutierrez, Julio César Ortiz – Political and constitutional change in the Republic of Colombia: 1976-2005. In *Studios constitucionales*, v.6, n.º 2, p. 247-300, Santiago: EP, 2008. Available at <http://www.scielo.cl>. Accessed on 28 June 2016
- Habermas, Jürgen – *Der Philosophische Diskurs der Moderne: Zwölf Vorlesungen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2001.
- Haro, Ricardo – Fundamentals of la Constitutional Reform Argentina of 1994. In *Constitutional Thinking*, year VI, n.º 6. Buenos Aires: UBA Editor, 1999.

- Manili, Pablo Luis; Alfonsín, Marcelo A. López – ¿Quién debe ejercer el control de constitucionalidad en Argentina? In Bazán, Victor. *Defence de la Constitución: ensure y control: Libro en Reconocimiento al Doctor J. Bidart*. Buenos Aires: Ediar, 2003.
- Miranda, Jorge – *Manual de Direito Constitucional*, 3.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- Moraes, Guilherme Peña de – *Constitucionalismo Multinacional: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2015
- Neves, Marcelo – *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- Nunes, Cláudia Ribeiro Pereira – Adequate food in Brazil: Economic and social fundamental right? In *Revised Legal Area*, see 17 (1), p. 167-186; Joassara: Federal University of the Southern Border (UFFS) – Campus Chapcô Campus, 2016.
- Ribeiro, Gustavo Henrique Zacharias – Chile's constitutional justice under the democratic approach. In (Coord.) Tavares, André Ramos – *Justiça Constitucional e democracia na América-Latina*. Belo Horizonte: Forum, 2008.
- Santos, Boaventura de Sousa – *Globalização e as Ciências Sociais*. 3.^a Ed. São Paulo: Editora Cortez, 2005.
- Sarlet, Wolfgang – *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6.^a Ed. Rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2006
- Andrade, José Carlos Vieira de – *Os Direitos Fundamentais da Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina.

PASADO Y PRESENTE DE LOS DERECHOS
PAST AND PRESENT RIGHTS

Antonio-Carlos Pereira Menaut

Universidade de Santiago de Compostela

<https://orcid.org/0000-0002-0901-2820>

Resumo: Este capítulo apresenta uma visão panorâmica dos direitos fundamentais, dividindo a sua história em várias “gerações” de direitos. No entanto, os chamados Novos Direitos – supostamente a Quarta Geração – têm uma saliência particular. Dedicamos a maior parte deste artigo ao seu estudo, porque são uma nova fase que poderia converter as anteriores fases em história. Ao contrário das gerações anteriores de direitos, dificilmente se pode dizer que os Novos Direitos constituem uma geração definida e compacta. Embora nossa abordagem seja de senso comum e menos preocupada com metodologia e definições do que com coisas reais, sua desconcertante variedade torna seu estudo uma tarefa trabalhosa. Em primeiro lugar, é difícil dizer com um mínimo de precisão quais são os novos direitos. Em segundo lugar, é igualmente desafiador dizer como eles são, uma vez que suas características são esquivas e diversas. Finalmente, eles colocam uma série de problemas da maior importância, como sua relação ambivalente com o

homem e seu efeito não intencional de diminuir a liberdade e aumentar o controlo sobre nós.

Palavras-Chave: Direitos Humanos; Passado; Presente.

Abstract: This chapter outlines a panoramic view of fundamental rights by dividing their history into several “generations” of rights. However, the so-called New Rights – supposedly the Fourth Generation – have a particular saliency. We devote the vast bulk of this paper to their study because they are a new phase that could make all previous phases of rights history. Unlike previous “generations” of rights, New Rights can hardly be said to make up a definite, compact generation. Although our approach is commonsensical and less concerned with methodology and definitions than with real things, its bewildering variety makes their study a painstaking task. First, it is difficult to say with a minimum of accuracy which the new rights are. Second, it is similarly challenging to say how they are since their features are elusive and diverse. Finally, they pose a lot of problems of the utmost importance, like their ambivalent relation to man and their unintended effect of diminishing liberty and increasing control on us.

Keywords: Human Rights; Past; Present.

Introducción

El objeto de este capítulo es ofrecer un rápido panorama de lo que ha sido la vida de los derechos hasta nuestros días. Como cualquier otra realidad jurídica, los derechos han pasado por sucesivas etapas y se encuentran hoy en otra. El problema es que la etapa actual representa un cambio cualitativo (y cuantitativo, pues el número de

los reales o pretendidos derechos es hoy ingente) sin precedentes, lo que nos obliga a escribir un capítulo que no guarda las debidas proporciones internas, pues el espacio dedicado a los derechos actuales y sus problemas tiene que ser mucho mayor que el dedicado a las fases históricas anteriores. El panorama actual de los derechos es tan heterogéneo y problemático que hace su estudio difícil y prolijo.

Los derechos que vamos a estudiar aquí son los del ciudadano de una democracia liberal más o menos según el modelo clásico y que disfrute de una razonable salud constitucional. La denominación *derechos fundamentales*, por influencia de Alemania, prevalece ahora en muchos países. En este trabajo sólo haremos distinciones más específicas – derechos humanos internacionales, derechos constitucionales, derechos legales, derechos jurisprudenciales – cuando lo pida el contexto¹.

1. El Derecho y los derechos

Se recordará que no toda pretensión, facultad, privilegio o exención es un derecho. El Derecho objetivo (singular, mayúscula: “el Derecho español”, p. ej.) es el ámbito en que viven los derechos (plural, minúscula) de la gente. Se trata de una cuestión de más alcance que el ortográfico: los derechos están limitados a las fronteras del Derecho; fuera de este ámbito – en los ámbitos moral, sentimental, estético u otros –, no hay propiamente derechos exigibles ante un juez. Así que muchas pretensiones, deseos y metas buenas y razonables, si están fuera del ámbito del Derecho, no serán verdaderos derechos. Esto debe ser tenido en cuenta porque no pocos derechos de las últimas hornadas (y alguno de las más clásicas, como

¹ Así hace Cartabia, Marta, “La Edad de los ‘Nuevos Derechos’”. *Rev. de Derecho Político* 81, 2011, 61-100; p. 69.

el derecho americano a la búsqueda de la felicidad), examinados con este criterio no son auténticos derechos. Ello puede no tener mucha importancia en una conversación coloquial pero en un capítulo como éste, la tiene.

2. Principales períodos en la historia de los derechos

Distinguiremos los siguientes.

A. Lo que podríamos llamar prehistoria de los derechos constitucionales está en la Edad Media: *nullus liber homo capiatur vel imprisonetur nisi per legale iudicium; no taxation without representation, quod omnes tangit ab omnibus approbari debet*, y otros principios. Esos derechos estaban en las cartas magnas inglesas (y en otros documentos de otros países), en los principios y las costumbres. Pero los derechos no eran de todo hombre sino de las personas que estaban en determinadas posiciones estamentales o que resultaban protegidas por los fueros o pactos de su villa o ciudad. Además, las cartas magnas medievales contenían otros derechos, privilegios y exenciones de muy escaso interés constitucional para otras épocas (así, p. ej., no se obligará a la ciudad de X a construir nuevos puentes).

B. Si la Edad Media fue la prehistoria de los derechos constitucionales, su historia antigua está en la Gran Bretaña del s. XVII y parte del XVIII, época en la cual se proclamaron la *Petition of Rights* (1627), el *Habeas Corpus Act* (1640), el influyente *Bill of Rights* (1689) y la *Act of Settlement* (1701). Además, en este período vieron la luz el *Segundo Tratado del Gobierno*, de Locke y otras obras que estudiaban la división de poderes, el Derecho natural, el contrato social y otros aspectos relevantes (piénsese en autores, ingleses y no ingleses, como Vitoria, Mariana, Suárez, Harrington, Hooker, Montesquieu). Con todo, en esta fase que hemos llamado historia antigua todavía no se produjeron declaraciones generales de los derechos de todos

los hombres, como las que habían de proclamarse en Estados Unidos y Francia a finales del siglo XVIII y principios del XIX: Declaración de Virginia, Declaración de Independencia de los Estados Unidos, Declaración Francesa de 1789, Constitución belga de 1831.

C. Con esa eclosión de documentos y movimientos políticos de fines del s. XVIII y principios del XIX comienza lo que podemos llamar época clásica. Es muy conocida porque marcó la mentalidad occidental con una impronta y una visión generalmente compartida que ha llegado hasta hoy. El planteamiento ilustrado de los derechos disfrutó de un prestigio y una autoridad moral que duran hasta nuestros días, aunque – y esto tiene que ver con los problemas que luego veremos – los derechos de hoy sean distintos de aquellos en teoría y aun más en la práctica, como era de esperar pues también es distinta la antropología dominante, el Derecho o el poder.

Es claro que estos derechos beneficiaron sobre todo a la burguesía, pero, como por naturaleza tenían vocación general, podían extenderse a todos y por eso podemos caracterizarlos por su universalidad. Esta no impidió que el sufragio, incluso de varones, tardara mucho en ser universal, y que la universalización práctica llevase mucho tiempo, como experimentó en su propia carne Martin Luther King.

Estos derechos responden a una sociedad civil fuerte, un hombre ilustrado y preocupado por la *res publica*, respaldado por un Derecho natural (fuera el clásico o el ilustrado) y un trasfondo genéricamente judeo-romano-cristiano con gran acuerdo fundamental, creencia en la naturaleza humana, la dignidad, la igualdad y la libertad.

Desde un punto de vista constitucional estos derechos forman como la contramarca de un régimen político demoliberal, porque si se toma un régimen político cualquiera, aunque sea la negación misma de la democracia, y se implantan en él esos derechos y libertades, terminará, con el tiempo, transformado en una democracia liberal clásica con libertades negativas, individualismo, sumisión del poder al Derecho, una sociedad civil fuerte, pero sin derechos de justicia

social. Esta generación de derechos, que sería la primera, prolongó su existencia hasta la época de las Guerras Mundiales (según casos y países). Ello no impide que los remotos orígenes de la actual crisis de los derechos sean muy antiguos, pues podrían rastrearse hasta la primera postguerra.

D. La Declaración Universal de las Naciones Unidas de 1948, todavía, pertenece básicamente a la visión de los derechos que acabamos de referir e incluso representó su triunfo universal (pero esquivó el problema de la fundamentación de los derechos, lo cual no parecía tener grandes repercusiones entonces; como veremos, ahora las tiene). Durante la segunda postguerra y la Guerra Fría (1945-1989, aproximadamente) hizo su aparición la segunda generación de los derechos, básicamente sociales, que fueron incorporándose a las nuevas constituciones (Italia, 1947; Portugal, 1976; España, 1978 y después muchas más) y a día de hoy continúan su expansión (según países y grados de austeridad), aunque su puesta en práctica no está exenta de problemas.

E. En 1977, Karel Vasak presentó su tercera generación de derechos. Si los de la primera eran los derechos de la *liberté* y los de la segunda los de la *égalité*, los de la tercera generación iban a ser los de la *fraternité*: derechos al desarrollo, a la paz, al medio ambiente sano, al patrimonio común de la humanidad y a la asistencia humanitaria. Vasak no tuvo mucho éxito si se mide por su traducción a derechos exigibles ante un juez (lo que sería muy difícil tratándose de la paz o el medio ambiente), pero la idea y la denominación echaron raíces. Aunque parezca lo contrario, los derechos de esta tercera generación seguían siendo más modernos que postmodernos, pues lo que pretendían era expandir el lema de la Revolución Francesa. Por comparación con los actuales, seguían siendo derechos básicamente políticos o económicos, y relativamente centrados en el hombre. Como Vasak seguía el triple lema de la Revolución Francesa, sus derechos seguirían siendo genéricamente políticos, mientras que los

de los consumidores y, más aun, los de la personalidad, identitarios, sexuales o los de los niños tienen poco de políticos; ya no están en el mundo de 1789 sino en la actual «desafección de la Política».

F. Hoy estaríamos ante los derechos de la postmodernidad, los nuevos derechos o la cuarta generación, pero presentan tal carencia de unidad conceptual que difícilmente se les puede considerar como una generación clara e inequívoca. Con los nuevos derechos, al menos dos generaciones anteriores, los liberales y los sociales, pueden resultar perjudicadas. Por eso se trata de un fin de ciclo. En diversos casos, los nuevos derechos no presuponen la libertad, la dignidad ni la igualdad de todos; cuando no las atacan. Algunos, como los que tienen como objeto al ser humano (p. ej., gestación subrogada), niegan la dignidad, y existen otros que fomentan la desigualdad porque, p. ej., el *enhancer* siempre será superior al *enhanced*, y éste, superior al hombre común todavía no *enhanced*. Los mismos gobernantes, como los españoles actuales, que coartan libertades de las generaciones anteriores (“Ley Mordaza”, recortes sociales), promueven nuevos derechos. Que puedan hacerlo así sin ninguna incoherencia de fondo refuerza la idea de que los nuevos derechos pertenecen a otra estirpe; no son la continuación de los clásicos ni de los sociales. Cuando la Declaración de Independencia americana proclamaba que “*All men are created free and equal...*”, y al mismo tiempo mantenía la esclavitud, incurría en manifiesta incoherencia; pero cuando un político europeo actual acepta la gestación subrogada mientras que recorta la libre expresión o hace uso del llamado Derecho Penal del Enemigo, no es incoherente. No son derechos liberales (en el sentido literal, derechos de libertad política) sino que generan conformidad y obligación.

Debe advertirse que aquí nos centramos en Europa, pero en Estados Unidos ya la década de 1960 fue la de los Derechos Civiles – Martin Luther King fue asesinado en 1968 –, y en Canadá, tras la

Charter of Rights de 1982, los derechos comenzaron a dispararse y multiplicarse.

Tras el final de la Guerra Fría proliferaron los derechos, declaraciones, documentos y jurisdicciones para protegerlos, en un escenario de triunfo universal, de tal forma que los derechos han colonizado el lenguaje común, y los jueces activistas, así como también diversos comités internacionales (CHR, CSW, CEDAW, CRR) expanden los derechos y continúan produciendo figuras nuevas. Es un proceso de proliferación que no parece tener un fin próximo pero que no detiene el crecimiento del poder ni el progresivo deterioro de diversos auténticos derechos esenciales para una democracia, como libre expresión, manifestación, debido procedimiento jurídico, intimidación y otros. Poco nos sorprenderá, entonces, que el triunfo universal de los derechos lleve décadas coexistiendo con “un creciente sentimiento de malestar”².

Simplificando las cosas para buscar fechas significativas, diríamos que el espíritu de los derechos más propiamente constitucionales abarcaría de 1789 a 1989 (Muro de Berlín)³. A partir de ahí, asistimos a una explosión de reales o supuestos derechos, no pocas veces contradictorios los unos de los otros. En realidad, como decimos, el proceso había comenzado bastante antes, pero la eclosión, con una fragmentación y dispersión sin precedentes, aparece ante nuestros ojos en la última década del siglo XX y las dos primeras del XXI.

La situación en la que estamos hoy se comprende mejor si tenemos en cuenta el impacto – o más bien los impactos – de la postmodernidad en los derechos. Han sido aproximadamente los siguientes: pérdida de los fundamentos, ruptura del vínculo hombre-derechos

² Cartabia, p. 65. O véase Ignatieff, Michael, *et alii*, *Human Rights as Politics and Idolatry*. Princeton, 2001 (Amy Gutmann, ed.); un libro poco optimista.

³ Ambas fechas, 1789 y 1989, son más simbólicas que precisas. El documento de derechos clásicos más antiguo, la *Petition of Rights*, es de 1627, si bien aún no fue una Declaración realmente moderna y fue poco conocida fuera de Inglaterra. En cuanto a 1989, para entonces ya estaban puestos los cimientos – y más que los cimientos – de los nuevos derechos; basta recordar Mayo del 68.

y, con ella, crisis en la titularidad de los mismos; inflación y fragmentación de los derechos (que, por lo mismo, dejan de ser esenciales y básicos); auge – por ahora, interminable – del control y de la regulación por el poder; conversión de los derechos en nueva ética y aumento exponencial de los deberes.

Estamos ante varias crisis que no podían dejar de afectar a los derechos: la crisis antropológica, la del Derecho⁴, las nuevas tecnologías y biotecnologías, capaces de dominar e incluso cambiar al hombre; nuestra sociedad tal como la retratan últimamente autores como Han o Sadin⁵... Sería imposible que todo ello no afectara, y mucho, a los derechos.

3. Sobre los nuevos derechos

Estudiar los nuevos derechos es como estudiar la hierba mientras está moviéndose bajo nuestros pies, tarea nada fácil. Intentaremos pintar un cuadro a grandes brochazos, procurando más captar la realidad que cumplir con una metodología académica.

Consideramos plausibles las hipótesis que siguen: el hombre considerado como objeto, la rebelión de las élites⁶ – que ayuda a entender cómo surgen y se expanden estos derechos –, el carácter radicalmente novedoso y problemático de los nuevos derechos, así como su dudosa conveniencia para la democracia constitucional. Sugerimos

⁴ Véase Pereira Menaut, “Nihilismo jurídico: ¿etsi ius non daretur?” *Persona y Derecho* 78, 2018-1, 293-322.

⁵ Han, Byung-Chul, *En el Enjambre* (Barcelona, 2014 (original: *Im Schwarm*, Berlín, 2013) y *La Sociedad del Cansancio* (Barcelona, 2017, 2.ª ed. ampliada (original: *Die Müdigkeitsgesellschaft*, Berlín, 2010); Sadin, Eric – *La Humanidad Aumentada. La Administración Digital del Mundo*. Bs. As., 2017 (original: 2013) y *La Silicolonización del Mundo*, Bs. As., 2017, (original: 2016).

⁶ Idea tomada de Lasch, Christopher, *The Revolt of the Elites and the Betrayal of Democracy*. Londres y NY, 1996.

también, como apuntábamos, que no estamos ante una generación más de derechos – la cuarta, por ejemplo –, sino ante un desarrollo nuevo; como si la naturaleza de los derechos no permitiera desarrollos hasta el infinito, lo cual nos colocaría ante una realidad nueva. Mientras tengamos presentes estas precauciones, no hay inconveniente en llamarles cuarta generación.

La expresión “nuevos derechos” dista de ser satisfactoria. Ello no es raro si tenemos en cuenta que tampoco lo es la indiscutida expresión “derechos *humanos*”, pues éstos propiamente nacieron con la Declaración de 1948; antes no se llamaban así y abiertamente se veían como vinculados a cada estado en vez de ser universales. Tal vez los nuevos derechos sean la primera generación completamente universal, pero sería más exacto decir universalizada, pues su origen estuvo en ciertos países, tribunales y organismos internacionales, desde los que han sido extendidos al resto del mundo⁷.

4. La corta historia de los nuevos derechos

La historia de los derechos, en general, nunca ha sido un *continuum*. Ha habido notables saltos. E incluso sin saltos aparentes, sin cambiar la letra, hay documentos que en no mucho tiempo han venido a ser leídos de una forma muy distinta, como la Constitución norteamericana, la Declaración Universal de 1948 o los artículos sobre derecho a la vida y matrimonio en la Constitución española.

Hablando también en general, lo sucedido a los derechos se inscribe dentro de lo sucedido al constitucionalismo demoliberal.

⁷ Moyn, Samuel, “Plural cosmopolitanisms and the origins of human rights”, p. 193-211, de Douzinas-Gearty, eds., *The Meanings of Rights*) escribe: “*The history of human rights, in short, is not a story about ‘the cosmopolitan tradition’ [...] (199). La Declaración de 1948 no fue tan universal como se cree, sino de unos pocos países, aunque con el tiempo consiguió una aceptación global antes nunca vista.*”

Dejando aparte la crisis en los fundamentos teóricos (Nietzsche, p. ej.), los problemas serios comenzaron ya en las primeras décadas del siglo XX. En bastantes países occidentales se aprobaron leyes de eugenesia, con sentencias como *Buck v. Bell*, (274 U.S. 200 (1927), cuyo ponente fue el juez Holmes). Margaret Sanger (1879-1966), fundadora de lo que más tarde sería Planned Parenthood, defendía la eugenesia y antes de la Guerra veía bien lo que se estaba haciendo en Alemania. *The Decline of Liberalism*, de Hallowell, es de 1943, y la famosa y pesimista conferencia de Scheler sobre la disminuida posición del hombre en el cosmos es de 1928.

La victoria militar de 1945 sobre los totalitarismos dio oxígeno al constitucionalismo y a los derechos; se proclamó la Declaración Universal y hubo un renacimiento del Derecho natural. Hubo evidentes mejorías y progresos, por ejemplo, en la protección, pero los factores que venían socavando las raíces siguieron haciéndolo. En 1978 la Constitución española fue saludada en todo el mundo como un hito, pero en el fondo no iba a haber más que una democracia limitada, con poderes muy fuertes y, en cuanto a derechos, sólo los justos, y según el juicio del legislador y del Tribunal Constitucional más que de la Constitución. A toda esa corriente erosionadora de la democracia y de los derechos, que en realidad venía de atrás, se le sumaron hacia 1990 los tremendos impactos de la tecnología, los posthumanismos y demás factores mencionados. Hoy hay gente que no ve mal la censura, prefiere la seguridad a la libertad, no confía en el hombre común, y no pide al poder que se someta al Derecho.

Procede, entonces, preguntarnos cómo hemos llegado a esta eclosión de nuevos derechos. Con la Caída del Muro vino, pretendidamente, el fin de la historia y el triunfo universal de la democracia liberal, lo cual, de ser cierto, volvería ociosa la discusión política. Entonces tendría sentido abandonar la *polis* y dedicarnos al *self*. Es cierto que la crisis del liberalismo y las obras de Foucault, Lacan, Deleuze y otros son muy anteriores a 1989, pero es como si el fin de

la preocupación por el imperio soviético hubiera roto en Occidente los diques que venían conteniendo los nuevos derechos.

Es importante recordar que los derechos no son abstracciones en el vacío. Viven como anidando en una sociedad, un Derecho, una antropología e incluso unas condiciones materiales⁸. Apuntaremos varias circunstancias concomitantes, causas y presupuestos.

A. Los primeros se refieren al hombre mismo, a los seres humanos. Se ha producido un desarrollo de derechos en lo personal y corporal, algo así como una traducción a lo jurídico de la visión de la libertad y el desarrollo de la personalidad como posibilidades ilimitadas de redefinirse uno a sí mismo y explorar todo posible terreno – excepto los políticos o económicos, donde somos cada vez más súbditos.

Detengámonos en el deterioro de la posición del hombre en el cosmos. Sin la pérdida de la centralidad del hombre no habrían florecido aquellos derechos nuevos en los que el hombre oficia de objeto. Possenti insiste en la “*marginación antropológica* efectiva en la cultura” y en que “la crisis del sujeto en la filosofía contemporánea testimonia el declive probablemente irreversible de la línea sujeto-céntrica moderna...”⁹.

Puede parecer anti-intuitivo pero ese deterioro en la posición del hombre ha corrido paralelo con la explosión identitaria en muchas personas postmodernas. Así, mientras las identidades políticas – ser portugués, gallego, italiano –, que generan aglutinación política y social, son a menudo mal vistas, las nuevas identidades, aunque empobrezcan las relaciones interpersonales y sociales, son fomentadas.

⁸ Recuérdese la defensa de los concretos derechos ingleses frente a los abstractos franceses de 1789.

⁹ Possenti, Vittorio, *La Revolución biopolítica. La Peligrosa alianza entre Materialismo y Técnica*. Madrid, 2016 (original: 2013), p. 24, pero ver también p. 35 ss. y *passim*. “Vale la pena meditar no sólo sobre el control creciente de las biotecnologías sobre el hombre, sino también el proceso de *marginación antropológica* efectiva en la cultura, [...]” (p. 13). Con todo, según él, la categoría de *persona* sigue intacta.

Marta Cartabia subraya que los nuevos derechos, así como algunas sentencias que los reconocen, están moldeando a la persona humana¹⁰, así que serían más causa que efecto del cambio antropológico actual. Sin negar eso, aquí subrayamos el cambio antropológico como presupuesto. Ciertamente, los nuevos derechos, al ser tan diferentes de los clásicos, son eficaz instrumento para crear un tipo humano moldeando la imagen del hombre, pero también dependen de ella.

Además, la explosión de la tecnología y su capacidad de imposición sobre el hombre, que no parece tener fin próximo, han contribuido a generar nuevos derechos: “El segundo factor de riesgo para el humanismo es la ideología de la técnica entendida como capacidad ilimitada de fabricar y producir todo y de pensar al ser y los hombres como materia disponible...”¹¹.

B. Mayo del 68 fue una revolución contra la ética y las instituciones sociales (“rompamos las reglas” morales y sociales – no políticas y económicas –, “seamos transgresores” de las costumbres burguesas; “prohibido prohibir”). No interesó mucho al conjunto de la sociedad ni amenazó seriamente las instituciones políticas ni al gran capitalismo. Por el contrario, al sostener que la liberación sexual era la verdadera liberación política, preparó el terreno a futuros derechos no políticos.

C. La penetración del Derecho positivo en la biología ha abierto nuevas vías:

“El derecho, que durante tanto tiempo legisló sobre lo externo, ocupándose de las relaciones entre los hombres, hoy está obligado a penetrar en la interioridad del hombre, [...] El bioderecho y la biopolítica nacen como una novedad real, pues durante milenios

¹⁰ “La Edad...”, 66 y *passim*. Con este enfoque estudia los dos casos de privacidad norteamericanos *Cruzan* (1990) y *Gluckberg* (1997) y la sentencia del TEDH, *S.H. y otros vs Austria* (2010).

¹¹ Possenti, *Revolución biopolítica*, p. 15.

el derecho y la política se detenían ante el *bíos*, [...] Hoy entran en ellos, porque ya han penetrado en ellos la ciencia y la técnica”¹².

Las invasiones de la técnica en la vida humana producen un nuevo tipo de relaciones personales, además de alterar las que ya existían. Y si, arrastrada por esas invasiones, la legislación positiva se introduce en la biología y la psicología, olvidando que para el Derecho ambas deben ser un *prius*, generará pretensiones que serán legales y ejercitables ante un juez. En cuanto a la excesiva legalización de otras relaciones humanas que ya existían, también ha generado nuevos derechos. Por ejemplo, las relaciones padres-hijos son ahora vistas como relaciones creadas – o re-creadas, o supervisadas – y por tanto pueden generar derechos de unos contra otros. Una vez aceptadas por la opinión pública como el nuevo *ordre public* jurídico, ni siquiera quienes profesan el enfoque de siempre – que consideraba esas relaciones más sociales que jurídicas – pueden oponerse a que se les aplique el nuevo¹³. En esos casos, en que la ley entra tan a fondo, lo que hace en realidad es rediseñar esas relaciones naturales, prejurídicas; casi reconstruir lo que es ser hijo o padre (p. ej., derecho a no atender padres ancianos; atribución judicial de padre a un hijo gestado subrogadamente y cuyos padres se divorciaron antes del parto). En algunos casos de adopción por quien biológicamente no podría ser padre, la ley resulta más importante que la fisiología para decidir quién es padre.

D. En el terreno político, en realidad, el marxismo no jugó un papel determinante ni como requisito ni como causa; está jugándolo mucho mayor el capitalismo. Es cierto que algunas ramas del tardo-marxismo occidental, ya por convicción ya por estrategia,

¹² Possenti, *Revolución biopolítica*, p. 70.

¹³ *Cfr.* Kalb, James, “Identity and the Civilization of the West”, *SydneyTrads*, 11-II-2017 (<sydneytrads.com/2017/02/11/2017-symposium-james-kalb/>; consultado el 9-III-2019).

al ver que no iba a haber revolución político-económica, aplicaron a las relaciones personales y familiares el análisis de explotación de clase. Foucault y otros sostuvieron que existe poder en todos los ámbitos, incluso personales, así que hay actuar políticamente en ellos¹⁴; y de ahí la conversión de la intimidad y la biología en terreno para la política y el Derecho. El provocador director de cine Pasolini y otros decían (pero no demostraban) que el sexo es política. Si “lo personal es lo político”, la primera liberación debería ser ésta.

Debe notarse también que muchos gobernantes – sin excluir la propia UE, aunque no sea competente en estas materias – que desean o consienten la involución política (restricciones de la libertad y participación; aumento de la represión, incluso penal), directa o indirectamente fomentan más y más libertades culturales, personales, sexuales o biológicas¹⁵.

Los nuevos derechos nacieron y florecieron en un caldo de cultivo de ‘muerte del hombre’, de posthumanismo, transhumanismo (Anders, Harari, Singer, Sloterdijk, Zizej) y anti-humanismo (Foucault, Althusser, Donna Haraway¹⁶).

¹⁴ Hardt y Negri sostienen que el feminismo es política (Hardt, Michael, y Negri, Antonio, *Imperio*. Barcelona, 2005; original: *Empire*, Harvard UP, 2000).

¹⁵ Así lo previó Aldous Huxley (*A Brave New World*, 1932; trad. esp., *Un Mundo Feliz*, 2.ª ed., Prólogo): el dictador hará bien en fomentar esas libertades. La anterior derecha europea, que partía de una moralidad socialmente compartida, ha dejado paso a otra secular que empobrece a millones de personas para cumplir objetivos de deuda o déficit, mientras reduce las libertades públicas e incrementa el control orwelliano. Al mismo tiempo, suscribe la exploración sin fin de las identidades personales o la “maternidad subrogada”. En cuanto a la izquierda, hoy prácticamente ausente, véase, por todos, Judt, Tony, *Algo va mal (Ill Fares the Land)*, NY, 2010. El 11-XII-2008 *The Economist* publicó “The left’s resignation note.” Seguramente, el programa social de la democracia cristiana italiana de 1960 no lo suscribirían los socialdemócratas de hoy.

¹⁶ Según Hardt-Negri, *Imperio*, p. 110-111; Possenti, *Revolución*, p. 16: feroz antihumanismo de Foucault y otros, de origen nietzscheano y francés, que llega al máximo en Hardt-Negri, *Imperio*, p. 95, siguiendo a Donna Haraway. Las lindes entre posthumanismo, transhumanismo y anti-humanismo no son nítidas.

5. Fundamentación de los nuevos derechos

El importante problema de la fundamentación de los derechos ha venido dividiendo a los autores hace tiempo. Si fuéramos capaces de identificar una fundamentación sólida, nos acercáramos a posturas iusnaturalistas, conclusión inadmisibles para algunos. Como es sabido, al preparar la Declaración Universal de la ONU prevaleció la idea de que lo importante era protegerlos, más que librar arriesgadas batallas por fundamentarlos. Hoy, con unos derechos fragmentables *ad infinitum*, el problema de la fundamentación ha pasado a primer plano. Es imposible pronunciarse sobre la gestación subrogada – por ejemplo – sin pronunciarse también, al menos indirectamente, sobre su fundamentación. Es imposible admitir o rechazar la adopción por parejas homosexuales sin pronunciarse, si quiera indirectamente, sobre la sexualidad humana, la familia y las relaciones de filiación. Cuando los derechos se vuelven locos (p. ej., litigando contra los propios padres por habernos dado la vida) resulta imposible poner un poco de cordura si no ponemos antes un poco de fundamentación. Y así sucesivamente.

Hay autores actuales que no son iusnaturalistas pero son conscientes de la necesidad de la fundamentación. Gearty¹⁷ sostiene que, aunque realmente tal fundamentación no exista, hay que preguntarse por ella, pues de lo contrario se pierde la dinámica de los derechos, que tienen que aspirar a tener una base en la verdad¹⁸. “Los funda-

¹⁷ Gearty, Conor, “Human rights: the necessary quest for foundations”, en Douzinas-Gearty, *The Meanings of Rights*, p. 21-38.

¹⁸ Pero, curiosamente, necesitan fallar en su pretensión (p. 38). En el pasado se fundamentaron en la religión, la razón y el Derecho (25); ahora tal vez en la naturaleza (38). Según él, podría residir en el ansia de justicia, “en sí misma una especie de verdad” (38). Menciona “una nueva clase de fundacionalismo que coloca la donación, la compasión [y el cuidado de los demás] en el corazón de la historia de los derechos humanos...” (29). Realmente, lo que él sostiene es menos plausible que fundamentarlos sencillamente en la naturaleza humana. Concretamente, para los nuevos derechos, Gearty no suministra fundamentación sustancial alguna.

mentos, ahora, importan, porque los derechos humanos importan, y más que nunca”, porque hoy hay pocas guías éticas.

La experiencia muestra que si los redactores de 1948 pudieron ignorar el acuerdo fundamental y centrarse en el procedimental fue, irónicamente, porque todavía podían dar por supuesto un razonable *agreement on fundamentals*, pues aunque los cimientos del edificio comenzaran a ser criticados hace cientos de años, en la visión general socialmente compartida el acuerdo general ha durado (según culturas y países) casi hasta nuestros días¹⁹. No es que en 1948 hubiera un acuerdo como el de Cicerón ni como el de los Padres Fundadores americanos, pero es cierto que los redactores de la Declaración partían – entre otras cosas – de la base de la familia, así como de la idea de que los derechos debían operar de abajo hacia arriba²⁰.

Los nuevos derechos no tienen una fundamentación unívoca. Aquellos que son derivaciones del clásico derecho a la intimidad, honor o integridad, tendrán la misma fundamentación que éste (así, protección de datos, derecho a no ser geolocalizado). En cambio, los que se derivan del nuevo estatuto legal acordado a la vida humana, o de la nueva manera de ver la naturaleza y los animales, no tendrán mucho más fundamento que el instrumento jurídico que los reconozca.

¹⁹ Según el escritor teatral Tom Stoppard: “No se necesitaba una frase pública para decirle a uno que ciertas clases de conductas hacia los ciudadanos checos o rusos eran moralmente incorrectas. Para mí, los derechos humanos simplemente respaldan una visión de la vida y un conjunto de valores morales que están perfectamente claros para un niño de ocho años. Un niño sabe lo que es justo y lo que no lo es, y la justicia se deriva de ese conocimiento” (cit. por Gearty, 30; pero si son niños españoles bombardeados por la educación y el actual entretenimiento, quizá no sea así). Possenti escribe: “Lo que está ocurriendo en Occidente antes nuestros ojos es el hundimiento de los fundamentos humanísticos y filosóficos del liberalismo, corroídos por el liberalismo libertario o liberalismo radical, que reducen en extremo la idea de persona y que intentan eliminar la idea de la naturaleza humana como normativa.” (*Revolución biopolítica*, p. 14-15).

²⁰ Glendon, Mary Ann, “70 años de la Declaración Universal de Derechos Humanos”, *Nuestro Tiempo* 701 (2019), 104-111 (originalmente, una conferencia pronunciada en Roma, en noviembre de 2018); p. 110.

6. Cuáles son los principales nuevos derechos

Es innecesario recordar que muchas de las pretensiones cobijadas bajo el paraguas “nuevos derechos”, no son verdaderos derechos. Ni siquiera lo eran todos los sociales. Los derechos sustanciales, con contenido esencial propio, conceptualmente autónomos, no derivados de otros derechos anteriores o más sólidos; que pueden plausiblemente ser defendidos incluso contra tratados, constituciones, leyes o sentencias, no pueden ser muchos; tal vez ni una docena. El derecho a la intimidad genética, en cambio, es una concreción del derecho a la intimidad.

Por su variedad y carencia de unidad conceptual, es difícil hacer un elenco fiable de los nuevos derechos. Intentando agruparlos según el mero sentido común distinguiremos los siguientes:

Un grupo de nuevos derechos han sido producidos por el efecto de las nuevas tecnologías sobre derechos que conceptualmente son anteriores, por ejemplo, en la comunicación, la protección de datos, derecho “al olvido”²¹, derechos digitales, derecho a no estar geolocalizados sin consentimiento... Nótese que estos derechos pueden ser para todos (no sólo para un grupo) a diferencia de otros nuevos derechos que por definición sólo protegen al grupo que los alega.

Un segundo apartado se deriva de la lucha contra toda discriminación imaginable, justa o injusta, atravesando cuanto terreno sea necesario y llegando al borde del ridículo (derecho al uso de cualquier baño público, obligación de usar lenguaje no sexista ni en lo más mínimo, defensa del matrimonio homosexual precisamente por lo que tiene de igualitario).

Otro factor ha sido la privacidad (en Europa, más bien la autodeterminación personal) llevada también al extremo. Ha jugado un

²¹ Cortesía de Fernández García-Armero, Pablo, “El Derecho al Olvido”, 2018, *pro manuscrito*.

papel importante, entre otros terrenos, en los debates bioéticos. La extrema privacidad ha ido muchas veces de la mano de la extrema no discriminación.

Un cuarto bloque de derechos fue generado por el sexo, el cuerpo y la vida biológica; por la hipersexualización, la aparición del género, el impacto de la tecnociencia en la biología humana (Possenti), salud, cuerpo, relaciones familiares, *enhancement*, pretensiones acerca del comienzo y el final de la vida²². A veces se ha tratado del mejoramiento o creación de un hombre nuevo mediante técnicas genéticas²³.

Otro grupo de nuevos derechos está relacionado con el nuevo estatuto legal (mejor que jurídico, pues no toda ley es Derecho) de la vida humana y del ser humano. La vida humana ya no es un *prius* para el Derecho, se ha hecho disponible para el legislador; el hombre pasa de sujeto a objeto. Esto – el hombre como objeto – aparece en diversos nuevos derechos.

Otros derechos tienen que ver con el ecosistema, con la nueva relación entre el hombre y el resto del planeta: reales o pretendidos derechos de los animales, de la naturaleza (contra la explotación minera agresiva o la contaminación del suelo²⁴).

²² En Alemania, un hijo demandó a unos médicos por haber mantenido vivo a su padre. El más alto tribunal federal penal (el BGH) sentenció a favor de los médicos y dijo que emplear medios médicos para prolongar la vida no es dañino ni criminal (2 Abril 2019; accesible en internet). Es claro que la visión del hombre, de la vida y de los derechos que hay tras esa demanda fallida, es muy distinta de la Declaración de Independencia americana.

²³ Recientemente, Harari, Yuval, *Homo Deus*. Barcelona: Debate, 2016 (original hebreo: 2015); si bien la idea del hombre nuevo tiene precedentes en el s. XIX (Negro, Dalmacio, *El Mito del Hombre Nuevo*. Madrid, 2009). Ver también Sandel, Michael, *Contra la Perfección. La ética en la era de la ingeniería genética*. Barcelona, 2007 (original: *The Case Against Perfection*, 1999).

²⁴ Entre otros, Mignolo, Walter D., “From ‘human rights’ to ‘life rights’”, p. 161-180 de Douzinas-Gearty, eds., *The Meanings of Rights*. Sostiene que “*nature rights are human rights*” (p. 165-168) y que son derechos a la vida. El hindú Raphael Samuel, a quien mencionaremos en breve, considera al Planeta más importante que el hombre; sería un ejemplo actual de la percepción de Scheler del nuevo lugar del hombre en el cosmos. El pensamiento de fondo es completamente diferente del que vio nacer los derechos en los siglos XVII al XIX.

Mencionaremos también los derechos sin sujeto actual, como los proclamados en 1994 por la ONU a favor de las generaciones futuras (y que, por tanto, es discutible que sean verdaderos derechos).

Añadamos los derechos identitarios, producidos por la entrada en la escena pública de aquellas identidades reputadas oprimidas o injustamente discriminadas, sobre todo las de sexo, 'género', orientación sexual, cultura y minorías étnicas (en este caso, no todas). Tratándose de este tipo de identidades, que no son las únicas, pero son las importantes aquí, se comprende que los derechos derivados de ellas enfrenten a la gente, aunque al mismo tiempo paradójicamente produzcan conformidad y corrección política.

Otro grupo que merece mención aparte son los "derechos de la personalidad", que merecen mención aparte. En España nacieron hace muchas décadas de la mano de civilistas, y en ese sentido no serían precedentes de los actuales nuevos derechos; serían como una expansión indebida de algunos derechos del Derecho Civil en el terreno del Constitucional.

Estos derechos, por otra parte, enlazan con el derecho alemán al libre desarrollo de la personalidad (*Grundgesetz*, art. 2.1) y luego pasó a la española y otras. Este derecho, una vez exagerado y descarrilado, enlazaría con la visión post-1968 de la libertad como posibilidad ilimitada de hacer lo que uno desee con su vida en todos los sentidos (excepto los políticos y económicos), sin limitaciones biológicas ni de ningún género. En Estados Unidos lo equivalente a los derechos de la personalidad serían los de la *privacy*, también muy expandidos últimamente.

Es claro que resulta imposible clasificarlos satisfactoriamente. Si acudimos a Dershowitz, Segovia, Mighell u otros²⁵, vemos una variorpinta y gran cantidad de derechos, no pocas veces contradictorios; efecto inevitable cuando el aumento cuantitativo desborda el sentido común²⁶. En esto hace particular hincapié Dershowitz, con una ilustrativa tabla de derechos con sus correspondientes contra-derechos (derecho de los animales a su vida frente al derecho a una alimentación sana y equilibrada, y así).

Por otra parte, queda dicho que algunos derechos nuevos – frecuentemente los más sólidos – son redefinidos o derivados, pues sólo hay un derecho realmente nuevo cuando es conceptualmente autónomo y tiene un “contenido esencial” nuevo. Los nuevos derechos generados a partir del derecho clásico a la intimidad serían más bien redefiniciones debidas al hecho de que ahora ese derecho hace frente a situaciones nuevas, pero si, p. ej., el derecho a la intimidad digital existe, es porque en el fondo se incardina en el derecho general a la intimidad.

7. Cómo son los nuevos derechos

Por lo general, los nuevos derechos no se generaron en barricadas ni manifestaciones sino en comités de la ONU, en algunos altos tribunales, en los grandes medios de comunicación y entretenimiento; en las elites capaces de crear los marcos del pensamiento. No los proclamó el pueblo a sangre y fuego en “La Libertad conduciendo al

²⁵ Dershowitz, Alan M., *Rights From Wrongs* (NY, Basic Books, 2004.); Mighell, Connor, *A War of Freedoms* (senior thesis, Baylor University, 2015).

<https://baylor-ir.tdl.org/bitstream/handle/2104/9394/Senior%20Thesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y>; consultado el 9-III-2019; Segovia, Juan Fernando, *Derechos humanos y constitucionalismo* (Madrid, 2004).

²⁶ Cartabia, “La Edad...”, p. 65.

Pueblo” (Delacroix), ni haciendo a un rey jurar un *Bill of Rights*. No son producto de una rebelión de las masas, que hoy no hay – Judt señaló la debilidad de lo social en los últimos decenios²⁷ – sino más bien de las élites, a menudo usando el *soft law* internacional²⁸. Curiosamente, ya Chesterton intuyó este elitismo con mucha antelación²⁹:

“La emancipación moderna... [implica una]... nueva persecución del Hombre corriente” en favor del Hombre excepcional. Fastidia al hombre común en aras de malthusianismo, eugenesia, esterilización “e incluso, muy probablemente, del infanticidio”, y los proyectos de esterilización son básicamente para las clases bajas (p. 7-8). Nuestras catástrofes no se deben a la “gente práctica que se supone que no sabe nada, sino, casi invariablemente, a la gente altamente teórica que sabe que lo sabe todo” (p. 14).

En su origen, los derechos nacieron para protegernos frente al estado, pues siempre tenderá a ser opresivo. Con los nuevos derechos tomamos esa lógica de estar a la defensiva, nacida para enfrentarnos al estado y se la aplicamos al profesor, vecino, abuelo, nieto, médico, a las limitaciones naturales o defectos físicos, aunque no nos opriman propiamente. De esa manera, ese espíritu de desconfianza y protección, que el hombre libre normalmente tendrá frente a todo gobierno, es trasladado a un ámbito en el que no procede porque tenemos muchos deberes naturales (para con los vecinos, familia, amigos, colegas, restantes conductores o viandantes; de lo contrario, no habría

²⁷ En general en diversas obras, p. ej., *Algo va mal*.

²⁸ Matlár, Janne Haaland (*When Might Becomes Human Right*, Leominster, 2007) explica cómo operan los grupos transnacionales, que nunca proceden espontáneamente de la gente. Ver “New Actors: The Norm Entrepreneurs”, p. 56-61, y la bibliografía allí citada.

²⁹ Este problema, entonces sólo incoado, lo entrevió perspicazmente en 1936. Chesterton, Gilbert Keith, *El hombre corriente*. Sevilla, 2013 (libro póstumo de 1936), esp. p. 7-17. (Gracias al chestertoniano Dr. C. Díaz Teijeiro).

vida social), traslado muy destructivo para los lazos interpersonales y el “capital social”. Con la *Drittwirkung* (eficacia contra terceros) aplicada a los nuevos derechos, todas las personas corrientes dependemos menos unas de otras pero dependemos más del estado³⁰. Esa eficacia, llevada al extremo y sumada a la transparencia hoy imperante en el mundo, convierte a todos en vigilantes unos de otros: los alumnos, de los profesores; los vecinos, de quienes no pasean al perro en 48 horas y así sucesivamente. Lógicamente, la gente deja de comportarse espontáneamente en público para no ser denunciado o no sufrir microagresiones orales.

Rasgos que tienen los nuevos derechos

Nuevamente acudiremos al procedimiento de pintar a grandes brochazos porque la sabiduría jurídica romana decía que “*omnis definitio in iure ciuili periculosa est*” (Iavoleno). Si – decimos – no se puede ofrecer una definición de manual de los nuevos derechos, difícilmente se podrán listar satisfactoriamente sus variopintos rasgos. Pero aunque sea imposible dar una definición perfecta y aunque los rasgos resulten imprecisos y encabalgados unos con otros, esperamos que nos ayuden a mejorar razonablemente nuestra comprensión de la realidad. Algunos de esos rasgos son los que siguen.

A. Estos derechos no son “humanos” en el sentido de los derechos humanos anteriores; no son inherentes a todo hombre ni favorecen al hombre común. Los derechos de los animales bajan al hombre de nivel (para no mencionar la pretendida indistinción hombre-animal-

³⁰ Varios autores, informe sueco *The Nordic Way*, Foro de Davos, 2015; versión pdf en internet. Algunos culpan también a los derechos clásicos de deteriorar el tejido social (p. ej. Cartabia, 84), pero aquellos derechos, como el Derecho mismo, son superficiales: no pretendían rediseñar las relaciones personales ni el entramado social, mientras que los nuevos derechos es imposible que no lo hagan.

-máquina; Haraway, Hardt-Negri). Otros reales o pretendidos nuevos derechos no son humanos porque rechazan la base de la vida humana, hasta ahora generalmente indiscutida y sin la cual ningún derecho sería propiamente “humano”. Un joven hombre de negocios de Mumbai declaró recientemente su intención de demandar a sus padres por... haberlo traído al mundo³¹. O piénsese en el citado caso del litigante alemán que demandó a los médicos por haber mantenido con vida a su padre durante un período que a juicio de su hijo debió de ser demasiado largo. Como estos ejemplos, se podría sin dificultad aducir muchos más hoy en día. Parece como si el sentido común hubiera sido borrado de la faz de la Tierra.

B. No son universales. Son de origen occidental – y realmente solo de una elite occidental –, aunque los comités de la ONU los extiendan a todo el mundo, incluso designando un supervisor (el Prof. Vitit Muntarbhorn, nombrado en 2016 supervisor de los derechos LGBTI para todo el mundo con la oposición de muchos países no occidentales).

C. Una cierta cantidad de nuevos derechos no son altruistas. Los derechos anteriores beneficiaban a todos (tutela judicial, libre expresión, inviolabilidad de domicilio) o al menos a grandes grupos desfavorecidos (así, derechos sociales). Harari, los *enhancers* y otros hablan claramente de derechos no altruistas, que nunca van a ser para todos.

D. Como hemos dicho, no son sociales: por un lado, porque debilitan la dimensión social; por otro, porque se dirigen abiertamente a muy pocas personas: los derechos de los transexuales a usar ciertos baños benefician a un porcentaje bajísimo de la población y no representan lucha alguna contra la pobreza; en España, los matrimonios

³¹ “Indian man to sue parents for giving birth to him”. *BBC News*. Delhi, 7 Feb. 2019. Raphael Samuel es antinatalista y cree que la desaparición de la humanidad sería buena para el Planeta. Su página de Facebook se llama Nihilanand. Al parecer, sus padres, que son abogados, han recibido el asunto con un toque de humor.

homosexuales no superan el 2.5% del total, y la maternidad subrogada, que es muy cara, interesa a unas 450 personas. Precisamente por eso tampoco son políticos, sino que producen el abandono del foro y del ágora y la reclusión en lo privado. Disminuyen nuestro control del gobierno: para garantizarlos, el gobierno – o la UE, o la ONU – tiene que interferir hasta en nuestras mentalidades; de ahí el esfuerzo por introducirlos desde la infancia.

E. Aquellos que versan sobre el yo, las relaciones íntimas, la vida y la muerte, hacen como de religión sustitutoria que llega a decir al hombre postmoderno cómo debe ser y comportarse.

F. Relacionado con el anterior, otro de sus rasgos es afectar al pensamiento (así, fobias): hoy un racista no es el que desprecia a otro grupo étnico, sino también aquel que quizá lo piense; un homóforo no es sólo quien maltrata homosexuales; basta que piense que el auténtico matrimonio es sólo entre hombre y mujer. Acudir a las fobias es contrario a la alteridad propia del Derecho, penetra en nuestras mentes y produce inseguridad: ¿quién se sentiría seguro siendo acusado, p. ej., de islamofobia por un observatorio talibán de fobias?

G. Un aspecto importante es la producción, bajo el término “derechos”, de una nueva obligatoriedad. Decíamos antes que no son derechos liberales porque generan obligatoriedad. Desde que se rediseña un modelo único y es aceptado por el ordenamiento jurídico español (p. ej., matrimonio como pacto de afecto entre cualesquiera), aunque no sea obligatorio practicarlos, lo es aceptarlos como canon u *ordre public* francés. Uno puede contraer matrimonio con persona del otro sexo pero igual que lo contraería con alguien del mismo, pues el matrimonio específicamente heterosexual ha dejado legalmente de existir en España.

Otra explicación de la nueva obligatoriedad es que los derechos son la nueva ética, y eso suena bien, pero la ética, por definición,

impone deberes; es un “catálogo de deberes” (d’Ors): saludar al vecino, cumplir las promesas, cuidar a los padres.

Una tercera explicación es el llamado ‘imperativo tecnológico’: si que todo lo que la técnica haga posible, se hará, demos un paso más y *deberá* hacerse, según pide el baconiano imperativo tecnológico:

“En el ámbito de la biopolítica interaccionan hoy la postura libertaria, que circula en las democracias liberales con el supuesto de que la gestión de la vida de uno es un asunto de incumbencia exclusivamente privada, y la ideología de la técnica, según la cual lo que es técnicamente factible es de suyo moralmente lícito, y quizás incluso obligatorio”³².

En España, ese carácter libertario y esa incumbencia exclusivamente privada están fuera de nuestra realidad. Hoy ni siquiera se aparenta fomentar la libertad, y todos los asuntos de este género están controlados. Puede el legislador dejar a las personas la disposición de los embriones congelados o la adopción homosexual, pero bajo una minuciosa supervisión, como la adopción por un matrimonio heterosexual.

Acerca de los efectos de los derechos clásicos y de los nuevos derechos

Siendo los nuevos derechos diferentes de los clásicos, producirán diferentes resultados. Un cambio en el matrimonio y la familia lógicamente producirá un cambio social, ético y cultural, hoy ya bien visible. En cambio, por mucho que se lleve al extremo la libertad de

³² Possenti – *Revolución biopolítica*, p. 70.

votar, o la inviolabilidad de domicilio, no se producirá ninguna reconfiguración de la sociedad.

Otro ejemplo de la diferencia es que, si queremos eliminar absolutamente toda discriminación por razón de género, necesitaremos cambiar hasta el lenguaje, como en Canadá, con situaciones a veces pintorescas. Nada de eso ocurrirá aunque se lleve al extremo el derecho a un juicio justo.

Similarmente, los derechos clásicos producían sociedades libres; los nuevos, no. Si profundizamos en los clásicos (aunque de por sí no son literalmente ‘profundos’, como no lo es el Derecho mismo) tendremos una comunidad política más libre; si profundizamos en los derechos sociales, tendremos una sociedad más igualitaria y con más prestaciones sociales. Si profundizamos en los nuevos derechos la sociedad no necesariamente será más libre ni justa; incluso quizá sea más individualista y más desarticulada.

8. Problemas de los nuevos derechos

Como todas las cosas, los nuevos derechos plantean problemas. Así, Cheah habla de la “producción gubernamental de la humanidad”³³ y de “la humanidad producida por la gubernamentalidad global”³⁴. Sin llegar a tanto, ya los derechos sociales tenían el problema de reforzar al estado³⁵. La antigua idea “a más derechos, menos poder”, debe ser revisada.

³³ Cheah, Pheng, “Second-generation rights as biopolitical rights”, en Costas Douzinas and Conor Gearty, eds., *The Meanings of Rights. The Philosophy and Social Theory of Human Rights*. Cambridge, 2014, 328 p. 215-232. Su enfoque es foucaultiano. Llama “derechos biopolíticos” a los económicos y sociales (p. 227), lo cual es discutible.

³⁴ p. 232.

³⁵ Incluso a la clásica *free speech* puede sucederle eso. *Cfr.* la sobria primera enmienda norteamericana con la *Human Rights Act* inglesa de 1998, art. 10. El segundo, además de complicado, refuerza al poder.

La puesta en práctica de muchos de los nuevos derechos produce conformidad social y política. Tiende a reconfigurar en horizontal las relaciones personales y las instituciones sociales afectadas. La eficacia horizontal y la irradiación de los derechos fundamentales, nacidas en la jurisprudencia alemana (sentencia *Lüth*, 1958) y hoy ampliamente aceptadas, pueden tener un efecto perturbador si se combinan con algunos nuevos derechos, por ejemplo, obligando a los viandantes a delatar a un abuelo que da un cachete a un nieto insoportable. O bien, si yo tengo derecho a convertirme en *transgender*, conforme a la mentalidad de los nuevos derechos tengo *eo ipso* derecho a que los demás me traten conforme a mi nuevo género, se abstengan de hacer bromas y no sólo me respeten, sino que aprueben positivamente mi estilo de vida, pues la normatividad de mi nueva situación irradia a las demás personas. Estas ya no pueden limitarse al ‘vive y deja vivir’ sino que tienen que conformarse con mi nuevo modelo antropológico aunque ellos no lo practiquen, con la consiguiente disminución de la tolerancia y el pluralismo. Hoy, la uniformidad crece en toda Europa e incluso en todo el mundo, y los derechos son uno de sus agentes³⁶. Se combinan, así, el individualismo, por un lado, con la conformidad y sujeción por el otro.

Esto nos reconduce a la mencionada conversión de derechos en obligaciones. Una vez que un nuevo derecho es ética pública, se impone a la sociedad en general, como el citado *ordre public* o espíritu del ordenamiento jurídico que todos deben aceptar; sin excluir, según en qué casos, el riesgo de sanción legal. Esto es incómodo para el discrepante, acosado, además, por la corrección política que no cesa de sugerirle conformidad.

Otro problema. Como por primera vez en siglos, como hemos repetido, las ideologías que inspiran algunos nuevos derechos abier-

³⁶ “[L]os nuevos derechos individualistas son un componente esencial de la uniforme cultura legal que invade el Continente”, escribe Cartabia, p. 81.

tamente no son altruistas, tales derechos no representan un proyecto realmente *político*, orientado a la *res publica*. Los derechos liberales tenían tras ellos un genérico liberalismo político; los sociales, un genérico socialismo. Tienen rasgos anti-políticos; cosa nada rara pues también los tienen, en general, nuestras sociedades. Resultan convenientes, en cambio, para el liberalismo financiero-tecnocrático global, que no necesita un individuo ni una sociedad fuertes ni políticamente activos, sino eficientes trabajadores, fungibles y desplazables a cualquier lugar.

Cuarto: los nuevos derechos son adecuados para la “jaula electrónica” en que vivimos, en la cual se nos dice algo así como: ‘usted vive controlado, con algunos derechos constitucionales recortados a causa del terrorismo, y tal vez empobrecido, pero puede redefinir su propia biología cuantas veces desee, y, como puede elegir cada cuatro años entre una lista de candidatos bloqueada y otra igualmente bloqueada, es usted el ciudadano libre y soberano de una democracia occidental avanzada’.

Un quinto problema es la desconstitucionalización de los derechos. También los derechos clásicos podían resultar desconstitucionalizados por el abuso del margen de maniobra del legislador o del juez activista, pero los nuevos derechos dan un paso más, de forma que lo que dicen las constituciones, e incluso la Declaración Universal, no es resistente frente a la práctica. Los nuevos derechos españoles se rigen, en realidad, por leyes y sentencias, no por lo que dice la Constitución, hasta ahora nunca reformada en materia de derechos. En la ONU, la Declaración de 1948 dice lo mismo que decía entonces, pero los creadores de nuevos derechos, si quieren, p. ej., promover nuevos derechos, citan la Declaración de Pekín, con lo que la Declaración Universal resulta desautorizada y la vida o la familia dejan de estar protegidas por la Declaración Universal, como han dejado de estar protegidas en España en la práctica.

Derechos, deberes y nuevos derechos

La frase corriente ‘mis deseos, mis derechos’, como si la conversión fuese automática, no ha sido nunca cierta en el mundo político (ni económico) real; el “*volo, ergo sum*”³⁷ no es ni nunca sería así ni aunque Mayo de 1968 hubiera triunfado. Admitiremos, sin embargo, que esa lógica – lo que importa es mi deseo; que sean los demás y la realidad quien se adapte – está detrás de algunos derechos nuevos (p. ej., derecho al hijo, derecho a no haber nacido salvo con buena salud).

Los nuevos derechos ayudan a cuadrar el círculo de cada vez más libertades (de un cierto tipo) por un lado y menos libertad (política) por el otro. Los españoles de hoy, cargados de deberes, impuestos y controles, aparentamos rebosar derechos y no falta quien dice que tenemos demasiado derechos y pocos deberes. Esa cuadratura del círculo – un ominoso autoritarismo conviviendo con una aparente eclosión ilimitada de derechos – la hacen posible los nuevos derechos. Y por eso no molestan al gobernante; es más, le dan argumentos para intervenir más. Quienes sostienen que hacen falta más deberes, que tenemos demasiados derechos, encuentran ahí su parte de razón.

Samuel Moyn³⁸ dice que hay que equilibrar derechos y deberes. Pero así como la medicina parte de que hay enfermedades, el constitucionalismo parte del inicial desequilibrio a favor del poder (Montesquieu, p. ej.). Además, no está claro que el equilibrio derechos-deberes sea la máxima aspiración del constitucionalismo, porque hay derechos que no se corresponden con deberes. La Constitución marca nuestros derechos y los deberes del Gobierno; no nuestros

³⁷ “*Volo ergo sum*”, parece ser la definición más apropiada de los nuevos derechos” (Cartabia, “La Edad...”, 92).

³⁸ Moyn, Samuel, “Rights vs. Duties. Reclaiming Civic Balance”, *Boston Review* 16-V-2016. Bastantes personas piensan así. Cartabia (p. 68), siguiendo a Weiler, cree que la cultura de los derechos mina la de los deberes.

deberes, que ya traemos puestos sólo por vivir en sociedad. Muchos deberes personales y sociales no se corresponden con derechos (deberes con nuestros descendientes, con los vecinos, etc.), pero el contrato constitucional es precisamente para que en nuestra relación con el gobierno no suceda así. *A priori*, no tenemos otros deberes para con el gobierno que los genéricos derivados de la vida social (que ya no son pocos); el gobierno no es Dios, ni siquiera un dios mortal hobbesiano, que tenga derecho a exigirnos sacrificios a cambio de nada.

En nuestra realidad, con toda la vida pautada y controlada, cargados de deberes tanto justos como injustos, ¿cómo podríamos tener muchos derechos? Cuando vivir es como ir cubriendo las casillas de un formulario, y todo lo no prohibido está minuciosamente regulado, cuando ha desaparecido la espontaneidad y ni siquiera se genera nuevo folklore, ¿quién cree realmente que estemos rebosando derechos, salvo de los identitarios, reproductivos o similares? Para responder, basta preguntarnos: en política, ¿qué puedo hacer sin permiso ni intervención del gobierno? ¿A qué tengo derecho por mí mismo? ¿Puedo enfrentarme al poder? Basta repasar el índice del Código Penal español de 1973, redactado todavía en la Dictadura, y compararlo con el actual, que es unas cuatro veces más largo y penaliza todo lo imaginable porque el Derecho Penal ha dejado de ser el Derecho de última intervención.

En Conclusión

Hemos repetido que ciertos nuevos derechos contribuyen al actual asalto a la libertad personal. Los derechos de los grandes simios apoderan a los gobiernos, pero no a nosotros (y tampoco a los simios, en realidad). Sin embargo, diversos autores insisten en los nuevos derechos como una explosión de libertad, como Possenti, que insiste en que la biopolítica es libertaria, o Cartabia cuando habla de “la

corriente libertaria de los derechos de la privacidad”³⁹. Pero los nuevos derechos están revelándose adecuados para una sociedad de súbditos, y su expansión a veces tiene que ver directamente con el lucro (clínicas de fertilidad, gestación por subrogación).

Los derechos han pasado por diversas etapas, están en crisis y todavía podrán evolucionar, como todo; pero con sentido común y sólo hasta una determinada línea roja, que quizá algunos nuevos derechos ya hayan traspasado. No es difícil identificar un puñado de derechos clásicos que, si no existieran, habría que inventarlos. Y su supervivencia siempre será una buena noticia para el constitucionalismo y para el sujeto de los derechos: el ser humano libre y digno que vive en una *polis* sometida al Derecho.

Bibliografía:

- Huxley, A., *A Brave New World*, London, Chatto and Windus, 1932 [ed. en esp.: *Un Mundo Feliz*, Barcelona, Penguin Random House, 2.ª ed., Prólogo, 2012].
- Cartabia, Marta, “La Edad de los ‘Nuevos Derechos’”, *Rev. de Derecho Político* 81, 2011, 61-100; p. 69.
- Cheah, Pheng, “Second-generation rights as biopolitical rights”, in Costas Douzinas and Conor Gearty, eds., *The Meanings of Rights. The Philosophy and Social Theory of Human Rights*. Cambridge, 2014, p. 215-232.
- Chesterton, Gilbert Keith, *El hombre corriente*, Sevilla, 2013 (libro póstumo de 1936), p. 7-17.
- Dershowitz, Alan M., *Rights from Wrongs*, NY: Basic Books, 2004.
- Fernández García-Armero, Pablo, “El Derecho al Olvido”, 2018, *pro manuscripto*.
- Gearty, Conor, “Human rights: the necessary quest for foundations”, in Douzinas-Gearty, *The Meanings of Rights*, p. 21-38.
- Glendon, Mary Ann, “70 años de la Declaración Universal de Derechos Humanos”, *Nuestro Tiempo* 701 (2019), 104-111.
- Han, Byung-Chul, *En el Enjambre* (Barcelona, 2014 (original: *Im Schwarm*, Berlín, 2013) y *La Sociedad del Cansancio* (Barcelona, 2017, 2.ª ed. ampliada (original: *Die Müdigkeitsgesellschaft*, Berlín, 2010).

³⁹ Cartabia, “La Edad...”, p. 79. La literalidad de su frase parece compatible con nuestra idea de que es una libertad anti-política, sólo para lo privado.

- Harari, Yuval, *Homo Deus*, Barcelona, Debate, 2016 (original hebreo: 2015).
- Hardt, Michael; Negri, Antonio, *Imperio*, Barcelona, 2005; Original: *Empire*, Harvard UP, 2000.
- Ignatieff, Michael *et alii*, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton: Amy Gutmann (ed.), 2001.
- Judt, Tony – *Algo va mal (Ill Fares the Land)*, NY, Penguin Press, 2010.
- Kalb, James, “Identity and the Civilization of the West”, *SydneyTrads*, 11-II-2017 (<sydneytrads.com/2017/02/11/2017-symposium-james-kalb/>; consultado el 9-III-2019).
- Lasch, Christopher, *The Revolt of the Elites and the Betrayal of Democracy*, NY; London: W. W. Norton, 1996.
- Matlárý, Janne Haaland, *When Might Becomes Human Right*, Leominster: Gracewing, 2007.
- Mighell, Connor, *A War of Freedoms* (senior thesis, Baylor University, 2015).
<https://baylor-ir.tdl.org/bitstream/handle/2104/9394/Senior%20Thesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y>; consultado el 9-III-2019
- Mignolo, Walter D., “From ‘human rights’ to ‘life rights’”, p. 161-180 de Douzinas-Gearty, eds., *The Meanings of Rights: The Philosophy and Social Theory of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- Moyn, Samuel – Plural cosmopolitanisms and the origins of human rights, p. 193-211, en Douzinas-Gearty, eds., *The Meanings of Rights: The Philosophy and Social Theory of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- Moyn, Samuel, “Rights vs. Duties. Reclaiming Civic Balance”, *Boston Review* 16-V-2016.
- Negro, Dalmacio, *El Mito del Hombre Nuevo*, Madrid: Encuentro, 2009;
- Pereira Menaut, Antonio-Carlos, “Nihilismo jurídico: ¿etsi ius non daretur?”, *Persona y Derecho*. (78), 2018-1, p. 293-322.
- Pereira Menaut, Antonio-Carlos, *Lecciones de Teoría Constitucional y Otros Escritos* (última ed. Santiago de Compostela: Andavira, 2017).
- Possenti, Vittorio, *La Revolución biopolítica. La Peligrosa alianza entre Materialismo y Técnica*. Madrid, 2016 (original: 2013).
- Sadin, Eric, *La Humanidad Aumentada. La Administración Digital del Mundo*. Bs. As., Caja Negra, 2017 (original: 2013) y *La Silicolonización del Mundo*, Bs.As., Caja Negra, 2017 (original: 2016).
- Sandel, Michael, *Contra la Perfección. La ética en la era de la ingeniería genética*, Barcelona, Marbot, 2007 (original: *The Case Against Perfection*, 1999).
- Segovia, Juan Fernando, *Derechos humanos y constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004.

(Página deixada propositadamente em branco)

II – PRESENTE DOS DIREITOS HUMANOS

(Página deixada propositadamente em branco)

OS ADVOGADOS E OS DIREITOS HUMANOS¹

LAWYERS AND HUMAN RIGHTS

Jacob Simões

Universidade de Coimbra

<https://orcid.org/0000-0002-2475-0178>

Resumo: Enquadrando, ainda que sumariamente, o espaço de intervenção desta reflexão prática, caberá notar que normalmente se equipara o conteúdo de direitos humanos a direitos fundamentais. E bem, segundo se afigura a um advogado. Na verdade, tais distinções reservam à expressão direitos humanos o acervo daqueles transversalmente válidos para todos os povos em todas as dimensões temporais, e nos direitos fundamentais encontram os que efetiva e institucionalmente são garantidos em determinado condicionalismo espacial e histórico, ambas nos parecem pecar por patrocinarem uma exegese estreneamente formalista. À dimensão do prático importa, sobretudo, considerar que há direitos que ancoram na dignidade da pessoa humana e, como tal, se caracterizam pela inderrogabilidade, inviolabilidade e universalidade.

¹ Escrito, por opção consciente, usando a grafia anterior ao Acordo Ortográfico vigente a partir de 2010.

Assim, sem sair do tema acima melhor elencado, aqui se segue uma análise reflexiva e crítica de carácter marcadamente empírico, concluindo que existe uma relação intrínseca e prática sobre esta problemática e o papel dos/das Advogados/as, bem como da Ordem dos Advogados a quem cabe pugnar intransigentemente pela afirmação total da vigência dos direitos humanos, fazendo a apologia de uma mundividência humanista centrada no primado da pessoa humana, agentes inquestionavelmente imprescindíveis à afirmação de uma verdadeira democracia, *et pour cause*, de uma comunidade justa.

Palavras-Chave: Direitos Humanos; Direitos Fundamentais; Dignidade Humana; Advocacia; Democracia.

Abstract: Within the scope of this brief practical reflection, it should be noted that the concept of human rights is usually equated with that of fundamental rights. And rightly so, from a Lawyer's point of view.

Indeed, such distinction refers to the expression human rights as the collection of rights valid for all people in all temporal dimensions, and fundamental rights as those that are effectively and institutionally guaranteed in a specific spatial and historical setting, both of which seem to us to be formal. On a practical level, it is important, above all, to consider that there are rights that are anchored in human dignity and, as such, are characterized for their non-derogability, inviolability and universality. Therefore, without straying from the theme, below is a critical and reflexive empirical analysis, with a practical twist, concluding that there is an intrinsic relationship between this problematic distinction and the role of lawyers and the bar association, whose duty is to fight uncompromisingly for the defence of human rights, in favour of a worldly human-centred perspective, key agents

to the affirmation of a true democracy, *et pour cause*, of a just community.

Keywords: Human Rights; Fundamental Rights; Human Dignity; Advocacy; Democracy.

Introdução

Encaro o amável desafio que me foi lançado – que muito me honra e, concomitantemente interpela – como uma tarefa mais emotiva que intelectual. Por isso, o discurso a tecer irromperá à *flor da pele* e predominantemente emocional ao invés de emergir, como eventualmente seria desejável, reflectido e imbricado com uma mundividência marcadamente teórica.

Há, no entanto, razões para a opção eleita.

Desde logo, a incapacidade do escriba para se alcandorar às necessárias alturas de conhecimentos que permitam a espécie de visão, quase multitudinária, que a composição de um discurso intrinsecamente reflexivo sobre a problemática suscitada exigiria.

Contudo, imanente à escolha efectuada, também perpassa a convicção de que advocacia é obrigatoriamente uma relação com o *outro*, feita de inelutável proximidade com a vida e alimentada de um permanente contacto com a comunidade. Por isso, a um advogado que, ao menos fugazmente, olvidasse essa inexorável matriz de *prático do direito* sempre poderia ser dirigida a celeberrima frase com que o pintor Apeles mimoseou o ousado sapateiro, recomendando-lhe que não vá acima do que lhe cabe manufacturar. Até porque aqui a metafórica *chinela*, constituída pela experiência adquirida na pluralidade de incidentes vividos no palco da vida, erige-se como um ubérrimo terreno de incomensurável fertilidade para a temática em debate.

Não obstante o que fica dito, para enquadrar, ainda que sumariamente, o espaço de intervenção, caberá notar que normalmente se

equipara o conteúdo de **direitos humanos** a **direitos fundamentais**. E bem, segundo se afigura a um advogado.

Os advogados e os direitos humanos

Na verdade, distinções tais que reservem à expressão *direitos humanos* o acervo daqueles transversalmente válidos para todos os povos em todas as dimensões temporais e que nos **direitos fundamentais** surpreendam os efectiva e institucionalmente garantidos em determinado condicionalismo espacial e histórico, parecem pecar por patrocinarem uma exegese estreneamente formalista. À dimensão do prático importa, sobretudo, considerar que há direitos que ancoram na dignidade da pessoa humana e, como tal, se caracterizam pela inderrogabilidade, inviolabilidade e universalidade. Como tal – atento o seu carácter indissociável de um sistema que vise o Justo – é **estritamente fundamental** assegurar a sua vigência como travejamento essencial de uma constelação de valores atinentes à vivência e efectividade de uma ordem jurídica concreta. De resto, como se evidencia apodíctico, para o reconhecimento da dignidade da pessoa humana – pedra angular de um estado de direito verdadeiramente democrático – carece-se absolutamente da protecção de um núcleo infrangível e essencial de direitos humanos, irrenunciáveis e indisponíveis.

Ora, para a preservação do ideário e para lhe dar inequívoca densidade actuante carece-se inquestionavelmente de advogados e de uma estrutura desta classe suficientemente ágil e empenhada. Na verdade, a Ordem dos Advogados ganha foros de cidadania enquanto “pessoa colectiva de direito público, de natureza associativa (...) que desempenha tarefas administrativas próprias e (...) que se governa a si mesma (...) sem dependência de ordens ou orientações governamentais” (para dizer com VITAL MOREIRA) balizando,

enquadrando e defendendo o exercício de uma advocacia livre, corajosa e independente.

Na verdade, a função de advogado, atenta a indesmentível **relevância comunitária** que traduz, ganha acuidade e capacidade interventiva se congregada em Associação que represente, unifique e regule o exercício profissional, potenciando a capacidade de interação social e política dos advogados. Como consta do instrumento legal seminal da estrutura da classe *“O exercício da advocacia em Portugal não tem merecido da parte dos Poderes Públicos a atenção e o interesse que por todos os motivos deviam ser dispensados a uma tão nobre profissão.”*²

Ou seja, os advogados sempre pressentiram – e **sentem** – que a potencialidade das respectivas vozes os tornarem incómodos conduz a alguma desprotecção da classe, almejando, pois, que da respectiva união, consubstanciada na pertença a uma Ordem, resulte um particular sublinhado das suas força e capacidade de se tornarem respeitados. É, pois, este o conforto institucional que se busca para que afirme um paradigma de uma advocacia militante, capaz de abraçar causas, tolerante, indomável defensora da Liberdade. Será, assim, tal intencionalidade primordial que legitima e dá sentido à existência de uma Ordem dos Advogados, já que a sinergia entre instituição e membros que a integram emerge como condição de uma advocacia autónoma e desassombrada.

Por outra banda, um exercício funcional da advocacia com as sobreditas características é imprescindível à afirmação quotidiana dos direitos humanos em toda a sua dimensão actuante.

De facto, sem a intervenção dos advogados perseguindo a realização da Justiça no quotidiano comunitário, quem lutaria contra a barbárie da “lei do mais forte”?

² Ver Decreto 11715 de 12 de Junho de 1926, disponível em <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/1926/06/12400/05680570.pdf>. [Consult. 25 Mar. 2020].

A conquista do “mundo do direito”, além de inegociável evolução civilizacional, é um pressuposto inolvidável da pacificação comunitária e da consagração autêntica da axiologia imanente à *dignidade da pessoa humana*. E se tal desiderato é inalcançável sem a intervenção de Magistraturas imparciais e independentes, deve vincar-se que é também de impossível consecução sem uma advocacia militantemente empenhada na defesa intransigente desses valores.

O advogado é um inestimável *fazedor* da Justiça, *purificado* pela imersão no mundo real de pré-juízos apriorísticos e de preconceitos de qualquer natureza. É, por isso, o suporte de um qualquer cidadão em colisão com o Estado, encarnando o último bastião da defesa dos direitos, liberdades e garantias de quem a ele recorre.

Na verdade, de acordo com uma hermenêutica compreensiva da Constituição da República Portuguesa, convir-se-á que os advogados fazem parte integrante do **Tribunal** enquanto órgão complexo também composto por Juízes – que aqui têm indiscutível protagonismo, já que lhes compete dizer *o direito do caso* – magistrados do Ministério Público e funcionários judiciais. Mas a função do “advogado” reveste inequívoca saliência, na medida em que se mostra credora de **dignidade constitucional** conferida pelo papel que lhe é atribuído na dinâmica do funcionamento Tribunal. Cabe, assim, aos advogados honrar a confiança que o Texto Fundamental lhes outorga, lutando com abnegação, coragem e sagesa em todos os quadrantes pela afirmação dos direitos humanos.

Notas Finais: O papel dos Advogados

Aos advogados exige-se, pois, coragem, tenacidade, civilidade, lucidez e inteligência emocional ao serviço da Nobre Arte de defender os cidadãos da iniquidade, do arbítrio e do abuso do poder. Contra perseguições e injustiças cabe aos advogados afirmar com o

necessário vigor a validade insofismável dos valores intrínsecos aos direitos humanos.

Às advogadas e aos advogados – bem como à Ordem dos Advogados – cabe pugnar intransigentemente pela afirmação total da vigência dos direitos humanos, fazendo a apologia de uma mundividência humanista centrada no primado da pessoa humana e da sua inestimável valia nas organizações societárias. Somos, assim e inquestionavelmente, imprescindíveis à afirmação de uma verdadeira democracia, *et pour cause*, de uma comunidade justa.

Com efeito, não basta uma qualquer hipotética e conjuntural perfeição de uma **law in the books** que traga imanente um incontroverso ideal espelho fiel de uma mundividência filosófica irrepreensível.

Com efeito, sendo os estados hodiernos paradigmaticamente tributários da ideia angular da dignidade da pessoa humana, mal seria que as leis não transportassem em si esse referente axiológico insusceptível de crítica. No entanto, a **law in action** continua a estar eivada de conjunturais deformações potenciadoras de injustiças insuportáveis erguidas contra conjunturais cidadãos imersos em sistemas vorazmente aniquiladores de direitos.

Por isso, os advogados são *soldados da Justiça* indispensáveis ao bom combate da defesa intransigente dos direitos humanos. E eles aí estão, e estarão!, em todas as trincheiras e em todos os palcos onde se travem tais refregas, iluminados pela ideia de que a luta pelos direitos humanos faz-se no terreno, lutando e lutando...

Notas Bibliográficas

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2.^a Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a Edição, Coimbra: Editora Almedina, 2018.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves Correia; PIO-VESAN, Flávia, “*Direitos Fundamentais Sociais*”, 2.^a Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2015.
- IUS GENTIUM CONIMBRIAE, N.º 2 Corpus Iuris Gentium Conimbriae, “*Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (2001)*”, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- IUS GENTIUM CONIMBRIAE, N.º 3 Corpus Iuris Gentium Conimbriae. “*Direitos das Crianças (2004)*”, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- IUS GENTIUM CONIMBRIAE, N.º4, Corpus Iuris Gentium Conimbriae. “*Direitos Humanos das Mulheres (2005)*”, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- MIRANDA, Jorge, “*Estudos Vários Sobre Direitos Fundamentais*”, Lisboa: Editora Principia, 2006.
- MOREIRA, Vital; ASSUNÇÃO, Leonor; CAEIRO, Pedro; RIQUITO, Ana Luísa, “*O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*”, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

Legislação:

Decreto 11715 de 12 de Junho de 1926, disponível em <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/1926/06/12400/05680570.pdf>. [Consult. 25 Março 2020].

**REFLEXÕES SOBRE A ESTRATIFICAÇÃO SEXUAL DA MULHER
E O SEU DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE DE ESCOLHA
LABORAL FRENTE À DECLARAÇÃO UNIVERSAL
DOS DIREITOS HUMANOS**

**REFLECTIONS ON WOMEN'S SEXUAL STRATIFICATION AND THEIR
FUNDAMENTAL RIGHT TO FREE CHOICE OF EMPLOYMENT IN
LIGHT OF THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS**

Vanessa Alessandra de Melo Pedroso
Universidade Católica de Pernambuco
<https://orcid.org/0000-0003-2866-7205>

Lívia Dias Barros
Universidade Católica de Pernambuco
<https://orcid.org/0000-0001-8965-2301>

Resumo: A história ocidental é contada a partir de uma visão maculada de conceitos morais, sociais, políticos e econômicos do patriarcado que, por sua vez, compreende a mulher e a sexualidade dessa mulher em uma condição de subjugação. No Brasil, a visibilidade comprometida a respeito da mulher prostituída desemboca em uma regulamentação insuficiente no que se refere à proteção e exercício de seu direito fundamental de liberdade de escolha laboral. Neste sentido, as reflexões aqui trazidas se afastam dos conceitos e ideias fundamentadas nos

velhos discursos misóginos da prostituição feminina e busca aproximar-se de uma discussão fundamentada na propriedade e consumo, ou seja, o poder econômico como elemento de estratificação e consumo sexual da mulher. A execução do trabalho está fundamentada em uma metodologia de análise qualitativa, onde se empregou o método hipotético-dedutivo e dialético de análise histórico-lógico. Para tanto, trataremos do processo de estratificação feminina e das reiteradas violações à escolha e livre exercício de uma profissão a partir do contexto da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) e a Constituição Brasileira de 1988.

Palavras-chave: Estratificação sexual; DUDH; Prostituição; Discurso feminino; Liberdade laboral.

Abstract: Western history is told from a vision tainted by moral, social, political and economical concepts of patriarchy which, in turn, regards women and their sexuality in a condition of subjugation. In Brazil, the compromised visibility regarding prostituted women leads to insufficient regulations regarding the protection and exercise of their fundamental right to free choice of employment. In this sense, the reflections brought here move away from the concepts and ideas based on the old misogynistic discourses of female prostitution and seek to address the discussion based on property and consumption, in other words, the economic power as an element of stratification and sexual consumption of women. The work is based on a methodology of qualitative analysis, where the hypothetical-deductive and dialectical method of historical-logical analysis. To this end, we will deal with the process of female stratification and the repeated violations to the choice and free exercise of a profession from the context of the Universal Declaration of Human Rights (DUDH) and the Brazilian Constitution of 1988.

Keywords: Sexual stratification; DUDH; Prostitution; Feminine speech; Employment freedom.

Introdução

É facto que o legado de explicar a história da humanidade sempre coube aos homens e, talvez por isso, a história que se aprende na academia é aquela referente às façanhas dos bravos heróis homens. Cabendo, portanto, às mulheres uma visão reducionista que, por sua vez, divide as mulheres em duas classes sociais, quais sejam, aquelas mulheres consideradas casadouras, isto é, as que podiam procriar, dando continuidade ao patrimônio dentro de determinada classe; e na outra ponta, as mulheres as quais estava permitido depositar os instintos sexuais masculinos que o dinheiro podia pagar. (KAHN, 1937, p. 226 *Apud* PATIÑO, 1979, p. 26). Determinada circunstância, somente, evidencia que, seja para as mulheres casadouras ou não, sempre existiu um abandono do corpo feminino em razão do capital.

Neste sentido, cabe-nos, inicialmente, esclarecer a dificuldade de desenvolver o tema ora proposto, pois ao nos dedicarmos ao discurso feminino, percebemos que sempre se parte de uma história contada pelo outro que não a própria mulher e, por isso, muitas vezes esse discurso está maculado dos conceitos morais, sociais, políticos e econômicos do patriarcado que, por sua vez, compreende a mulher e a sexualidade dessa mulher em uma condição de subjugação.

Enfim, o que se observa é que o discurso em torno da mulher e, principalmente, da mulher prostituída está pautado por padrões demasiado acadêmicos – e por acadêmicos, entenda-se, basicamente homens – que com a chegada dos anos 70 assume um viés feminista, idealizador do rompimento de padrão, mas que na verdade se digna, na maioria das vezes, ao estabelecimento de conceitos e ditames concebidos em razão de valores sócio-moral-políticos daquela sociedade

considerada “dos bons”. Prova disso, é a ausência ou pouca visibilidade que temas como a prostituição possuem na academia ou, ainda, nos programas de governo através de políticas públicas que visem a sua regulação no Estado brasileiro.

Neste sentido, as reflexões aqui trazidas se afastam dos conceitos e ideias fundamentadas nos velhos discursos misóginos da prostituição feminina e busca aproximar-se de uma discussão fundamentada na propriedade e consumo, ou seja, o poder econômico como elemento de estratificação e consumo sexual da mulher.

Para tanto, o trabalho é basicamente dividido em três partes, quais sejam, a primeira, referente a um recorrido sobre a estratificação feminina; a segunda faz menção às classes sociais femininas separadas em razão da divisão sexual do trabalho e; por fim, a terceira fase que trata da ofensa à liberdade de escolha de uma profissão a partir do contexto da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) e a Constituição Brasileira de 1988.

A execução do trabalho está fundamentada em uma metodologia de análise qualitativa, onde se empregou o método hipotético-dedutivo e dialético de análise histórico-lógico. Assim, as autoras consideram que o tema em pesquisa está diretamente relacionado à ideia de capital dos Estados e, também, ao preconceito que norteia, ainda hoje, no caso brasileiro, a temática em discussão.

1. Considerações iniciais em torno da estratificação sexual da mulher

Embora posicionamentos em contra, as autoras concordam com a doutrina que admite que historicamente tem-se o clã matriarcal como primeira organização social. Nele, a mulher era a matriz determinante do bem e, também, do mal, pois que eram justiça e força decisória e não, somente, pelo simples fato que, na época, acreditava-

-se ser a única capaz de gerar vida, de dar perpetuidade a espécie, mas, também, pelo seu papel no desenvolvimento econômico desta sociedade através da coleta dos alimentos, domesticação dos animais, domínio do fogo e outros tantos aspectos que ajudariam no desenvolvimento de referida sociedade. (ROBERTS, 1992, p. 19/20).

Toda essa construção histórica em torno da mulher entra em declínio quando o homem toma conhecimento de sua importância na perpetuidade da espécie. O homem, com auxílio da religião assume o papel de chefe, já que é o mais forte (*idem*, p. 22).

Ora, a perpetuação da espécie era importante para dar continuidade às atividades laborais econômicas dos grupos sociais, gerando, assim, as linhas de herança (*idem*, p. 22) que por sua vez, exigiam uma estratificação social formada por grupos ainda menores, unidos pela continuidade de patrimônio herdado ou, em outras palavras, as famílias que passam, mais tarde, a serem asseguradas pelo casamento.

Cumprir destacar que referido instituto – é dizer, o casamento –, segundo Lévi-Strauss é a mais fundamental forma de troca de presentes entre grupos, na qual as mulheres são os mais preciosos dentre eles. (*Apud* RUBIN, 1993, p. 09).

Gayle, inclusive, parafraseando Marx, demonstra como uma mulher pode ser matéria-prima, ou melhor, produto de um sistema que permite sua negociação, comércio, troca, quando aduz:

O que é uma mulher domesticada? Uma fêmea da espécie. Uma explicação é tão boa quanto outra: uma mulher é uma mulher. Ela só se torna uma doméstica, uma esposa, uma mercadoria, uma coelhinha, uma prostituta ou ditafone humano em certas relações. Retirada dessas relações, ela não é mais companheira do homem do que o ouro, em si mesmo, é dinheiro (...). (*Idem*, p. 02) Por isso, é passível de ser trocada, negociada nas relações maritais.

Neste sentido, toma-se como ideia de base o “sistema sexo/gênero” idealizado por Gayle Rubin (p. 02) que compreende a sexualidade biológica, ou seja, aquela própria da natureza humana, dentro de um emaranhado de normas sócio-político-culturais previamente determinadas que, por sua vez, terminam por domesticar a sexualidade feminina, pois que a transforma em um produto das necessidades de sua época.

É neste momento que a mulher passa – para os acadêmicos de visão clássica – a ser uma mera coadjuvante no desenvolver da atividade de procriar. Já para outros, os feministas, por exemplo, a mulher era, neste tempo, um objeto sexual para procriação. Fato é que seja sob o ponto de vista dos acadêmicos, seja sob o ponto de vista dos feministas a mulher passa, então, a ser marginalizada do processo sócio-político e também, econômico, agora traçado por padrões patriarcais.

2. Mulher sim, mas de que classe?

Em parte, é possível afirmar que já compreendemos como e porque se chegou até esse momento de estratificação da mulher em razão de sua condição de gênero e, por isso, importante é, agora, compreender uma segunda fase da estratificação feminina, qual seja, aquela fundamentada na classificação da mulher em razão de suas práticas sexuais, ou seja, compreender por que as mulheres ditas de “má fama” estão consideradas a partir de uma relação que as estabelece como subordinadas às “boas moças”.

Neste sentido, compreendemos que a resposta possivelmente segue fincada na ideia de continuidade da propriedade privada orientada para os desejos masculinos. Ora, a mulher já marginalizada pelo fato de ser mulher passa a ser classificada em dois grandes grupos, quais sejam, aquelas mulheres destinadas as atividades domésticas – as

“mulheres honestas” e/ou “mulheres puras” – a quem estava concebido o direito de continuar a espécie e aquelas utilizadas para o divertimento. É dizer, as “mulheres putas”, as quais estava proibido ter filhos, procriar. (PATIÑO, 1979, p. 32).

Entre estas últimas cumpre destacar que incluíam-se, em tempos remotos, as concubinas, pois o que se repugnava era a possibilidade das mulheres “respeitáveis” praticar o sexo extra-marital. Com o passar dos tempos, o concubinato chega à categoria de um tipo inferior de matrimônio e a posição social da prostituição continuou sendo considerada degradante (BRUNDAGE, 2003, p. 52/53).

Surge, então, a primeira estratificação sexual da mulher ou, melhor dizendo, a primeira estratificação em razão das práticas sexuais da mulher e, com ela, a necessidade da sociedade imperante estabelecer valores morais por meio de uma normatização de comportamentos feminino para aquelas abastadas, ou seja, para as “boas moças”, uma vez que “a prostituta já estava ‘perdida’, enquanto aquela considerada ‘normal’ podia ser preservada”. (RAGO, 1995, p. 90/91.).

Determinada circunstância termina por subordinar as mulheres em condição de prostituição às casadouras, colocando aquelas – as prostituídas – em uma condição de marginalidade, já que se encontram fora do que define o código moral de conduta feminina, o qual teria, curiosamente, sido estabelecido pelos padrões de um capital patriarcal.

Para alguns tal fundamento pode não encontrar respaldo em tempos atuais, haja vista que encontramos mulheres de classe social estável no exercício da prostituição. Porém, cumpre identificar que mesmo no grupo social das mulheres em exercício da atividade da prostituição é possível encontrar duas camadas sociais hierarquicamente definidas, quais sejam, as “garotas de programa” ou, também chamadas, “prostituta de luxo” e, por outro lado, a prostituta propriamente dita.

Curioso é perceber que a própria designação separa essas mulheres em condição de prostituição. Se não, note-se que para aquelas

– as garotas de programa – resta à designação de “garotas” e “luxo”. Como se às mulheres em prostituição de rua não pudessem ser garotas e/ou até mesmo mulheres de alto luxo. Circunstância que demonstra uma condição de superposição/subordinação do que é igual. A ideia de “prostituição propriamente dita” está imposta àquelas mulheres que exercem a prostituição em condições adversas, já que para as ditas “garotas de programa” não resta tal caracterização.

É como se restasse estabelecido que as mulheres deveriam estar separadas em duas classes sociais iniciais, quais sejam, as “boas moças” ou “pra casar” e as de “má fama”. Estas, por sua vez, são novamente separadas entre as de “luxo” e as de “rua”.

Ora, desta feita resta, nesse primeiro momento, duas considerações. A primeira referente à construção de uma ideia em torno de uma nova estratificação sexual da mulher, e a segunda, faz menção à dupla marginalização da mulher prostituída. Estratificação e marginalização que encontram-se fundamentadas na perpetuação de valores de dominação sobre a condição sexual em razão do poder de capital.

Se não é assim, note-se que sempre que se fala da prostituição se percebe que o tratamento dispensado ao tema é mais um produto de fantasia social que um discurso fundamentado na realidade a que um determinado grupo social está submetido. Fato que, por sua vez, nos permite afirmar que o tema da prostituição feminina quase nunca é tratado de maneira a respeitar uma classe social que em quase toda a sua história foi submetida aos ditames da força que o capital pode pagar.

3. O papel do estado na proteção da mulher “pura” e da mulher “puta”.

As relações de poder existem em todos os núcleos sociais e, por conseguinte, relações de forças com pequenos enfrentamentos ou,

como diria Foucault “micro lutas” são comuns na vida em sociedade (20013, p. 231). Neste sentido, faz-se necessário a existencia da legislação no intuito de dirimir as possíveis contendas e necessidades sociais.

Em 10 de dezembro de 1948, em resposta as aberrações provenientes das duas Grandes Guerras, foi promulgada pela Organização das Nações Unidas (ONU) a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de caráter ideologicamente ‘universal e unitário’, inerente à condição humana.

Com um preâmbulo e 30 artigos que tratam de questões como a liberdade, a igualdade, a dignidade, e o ensino, a DUDH é hoje um dos documentos mais traduzido no mundo – já alcança 500 idiomas e dialetos. Em dezembro de 2018, portanto, contou-se o 70º aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos que prometeu igualdade e liberdade a todos e todas.

A participação feminina na composição do discurso da DUDH foi muito relevante no que se refere à luta pela igualdade de gênero. As delegadas ficaram conhecidas como “as mulheres essenciais”:

Eleanor Roosevelt, ex-primeira-dama dos Estados Unidos, liderou o comitê que redigiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Apesar de diferenças profundas de opinião, ela manteve o comitê unido e conduziu a aprovação da Declaração Universal. Hansa Mehta da Índia conseguiu que o texto fosse alterado de “Todos os homens” para “Todos os seres humanos nascem livres e iguais...”. Minerva Bernadino, uma diplomata da República Dominicana, foi essencial na inclusão da expressão “a igualdade entre homens e mulheres” no preâmbulo. Bodil Begtrup da Dinamarca defendeu que a Declaração Universal se referisse a “todos” ao invés de “todos os homens”. Begum Shaista Ikramullah, uma delegada do Paquistão, introduziu o artigo 16, sobre direitos iguais no casamento. Marie-Hélène Lefaucheux da

França defendeu a inclusão da igualdade de gênero no Artigo 2. Evdokia Uralova, da Belarus, lutou pela inclusão de “pagamento igual para trabalho igual” no artigo 23. Lakshmi Menon, delegada da Índia, defendeu com ardor que o princípio da igualdade de gênero fosse incluído em todo o documento. Ertha Lutz do Brasil liderou o grupo de delegadas que defendeu com sucesso os direitos das mulheres na Carta das Nações Unidas. (grifo nosso) (ONUNews,2018,p.1)

Sem desconsiderar a importância da participação e luta das referidas delegadas, algo chama atenção: não é possível falar da participação da mulher na composição da Declaração Universal dos Direitos Humanos e sim, da fatia das ‘boas mulheres’, ou seja, aquelas consideradas ‘de família’, instruídas e encaixadas no contexto social já descrito no presente trabalho. E, como não poderia deixar de ser, a participação de uma fatia social que em regra não só esquece, como também, menospreza aquelas ‘desencaixadas’ ou de ‘má fama’.

A prostituição individual, praticada entre cliente e trabalhador ou trabalhadora sexual, ambos adultos e capazes, jamais foi objeto de proibição pelos órgãos de proteção dos Direitos Humanos. No entanto, a Convenção para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio, assinada pelo Brasil em outubro de 1951, não se distanciou do discurso excludente, tratando a prostituição como ‘incompatíveis com a dignidade e o valor de pessoa humana e põem em perigo o bem-estar do indivíduo, da família e da comunidade’. (BRASIL, 1958)

Durante todo o século XX vários países ocidentais tomaram medidas visando retirar a prostituição do eixo de atividade criminosa que marcou o século anterior. No Brasil, o marco da mobilização dessa parcela invisível de mulheres se deu em 1979 a partir de um forte esquema de repressão policial à prostituição no centro da cidade de São Paulo, que resultou nas mortes de uma travesti e duas mulheres, uma das quais grávida. (OLIVAR, 2012)

Alguns anos se passaram até que Gabriela Silva Leite, principal liderança do movimento no país, articulasse, em julho de 1987, no Rio de Janeiro o I Encontro Nacional de Prostitutas, no qual se ressaltava como lema “Mulher da Vida, é preciso falar”. No decorrer deste encontro, constituiu-se a Rede Brasileira de Prostitutas com repercussão até os dias atuais.

(...) Até o momento, surgiram muitas Redes e Associações em vários países da América Latina e Caribe, como Equador, República Dominicana, Uruguai, México, Paraguai, Colômbia, Bolívia, Nicarágua, etc. No entanto, numerosos intentos organizativos foram bloqueados devido à violência e ao controle social. Na Irlanda, por exemplo, uma prostituta que tentou organizar suas colegas foi assassinada. Na Tailândia umas poucas mulheres tentaram organizar uma espécie de sindicato chamado Guarda Noturna de Tai, mas fracassaram pela pressão familiar, assédio policial e ameaças de donos de bordéis e hotéis. (BRASIL, 1996, p.14)

Fundamentada no movimento proclamado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos no sentido de reconhecer a igualdade de direitos entre homens e mulheres no que se refere ao favorecimento do progresso social e instauração de melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla (Preâmbulo DUDH), nossa Constituição cidadã menciona em seu artigo 5º, inciso I que todos – homens e mulheres – são iguais em direitos e obrigações, sem distinção de qualquer natureza.

No entanto, ainda em tempos atuais, é possível identificar muitas desigualdades. A primeira desigualdade, qual seja, aquela representada pelos postos de trabalho. Se não é assim, note-se o que aduz o relatório Global Gender Gap Report 2017, divulgado em 02 de novembro:

Apesar de igualdade de condições nos indicadores de saúde e educação e de ‘modestas melhorias’ em termos de paridade econômica, as mulheres brasileiras ainda enfrentam acentuada discrepância em representatividade política, o que empurra o índice do Brasil para baixo. (...) No subíndice ‘Empoderamento Político’, o Brasil caiu da 86.^a posição para 110.^a. Dos 513 deputados federais, apenas 51 são mulheres (10% do total). No Senado, elas representam 13 das 81 cadeiras (16%). Já no governo do presidente Michel Temer, somente 2 dos 28 ministérios são ocupados por mulheres (7%)¹. (...) A média salarial em 2017 é estimada em US\$ 11.132 (R\$ 36.330) para mulheres e US\$ 19.260 (R\$ 62.860) para homens. O curioso é perceber que para cada estudante homem do ensino superior brasileiro, a mulheres ocupam 1,4 vaga e a expectativa de vida feminina é de 67,8 anos, frente a 63,1 anos da masculina, ou seja, estudamos mais, vivemos mais, mas temos menos postos de trabalho e ganhamos menos. (ALVARENGA, 2017).

Voltando a Declaração Universal dos Direitos Humanos, tem-se o Art. 23º, 1 onde aduz que “Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho (...)”.

A Constituição da República ainda em seu art. 5º, mas agora em seu inciso XIII estabelece que é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que atendidas as qualificações profissionais que a Lei estabelecer.

Tem-se, neste item, uma segunda diferença, pois, embora, a atividade da prostituição tenha sido reconhecida pelo Ministério do

¹ No atual governo brasileiro, iniciado em janeiro de 2019, a situação não é diferente. Note-se que dos 22 ministros empossados pelo, agora, Presidente Jair Bolsonaro apenas 2 (dois) são mulheres, são elas, Tereza Cristina do Ministério da Agricultura e Damares Alves do Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos.

Trabalho e do Emprego brasileiro, no ano de 2002, que incluiu a categoria “Profissionais do Sexo” no grande grupo de “Prestadores de serviços” da Classificação Brasileira de Ocupações (CBO)², o Direito brasileiro, em qualquer dos seus ramos, não trata efetivamente da questão, pois que não existe Lei que estabeleça as referidas qualificações que devem ser atendidas pelos profissionais do sexo.

Circunstância que possibilita a afirmação no sentido de que os instrumentos processuais, neste caso, não concretizam a garantia do direito fundamental à liberdade de consciência para uma livre escolha da atividade laboral.

É como se a atividade da prostituição se mantivesse em um limbo onde se reconhece sua existência e a sua efetiva realização, mas não está justificado estabelecer seus direitos e garantias através da sua regulação e por isso, embora considerada lícita está à margem dos processos que a reconhecem enquanto atividade laboral.

Tal marginalidade é possível de ser observada, também, em outro ramo do Direito. Se não, note-se que referida licitude – é dizer, a licitude da prostituição – encontra-se marginalizada pelo próprio ordenamento jurídico-penal que torna impossível o exercício profissional da prostituição.

Se não, note-se que aquele que empresaria, agencia os serviços dessa profissional pode ser incurso no crime de Favorecimento à prostituição (art. 228 CP) ou, ainda em Rufianismo (art. 230 CP). Já a manutenção de um local para o exercício da atividade sexual consiste no crime de Casa de prostituição (art. 229 CP) relegando tal atividade à insegurança das ruas e becos. Circunstância que, por sua

² O CBO é o documento normatizador do reconhecimento, da nomeação e codificação dos títulos e conteúdos das ocupações do mercado de trabalho brasileiro. Recebendo o código n.º 5198, os profissionais do sexo (garoto ou garota de programa, meretriz, messalina, mulher da vida, michê, prostituta, trabalhador do sexo) tiveram estabelecidas as condições gerais de seu exercício, formação, experiência, competências pessoais e recurso de trabalho.

vez, também é criminalizada por meio do art. 233 do Código Penal referente ao crime de Ato obsceno.

Desta forma compreende-se a prostituição como uma ocupação lícita, mas que sujeita, e por que não dizer, que condena a cidadã prostituída a uma total condição de vulnerabilidade no que se refere a sua liberdade para o exercício de uma ocupação lícita e reconhecida pelo Estado brasileiro, pois todas as condutas que possibilitam, que estão ao redor da realização de tal atividade são consideradas ilegais.

Tal problemática não é exclusividade brasileira, já que outros Estados, também signatários da Declaração Universal dos Direitos Humanos se posicionam de maneira preconceituosa com relação à prostituição propriamente dita. São exemplos, a Colômbia que, igualmente ao Brasil, legaliza a prostituição, mas criminaliza a cafetinagem. No Canadá as pessoas podem se prostituir, mas, no final de 2014, o país proibiu a compra de serviços sexuais.

Ora, “o Estado não é a fonte central do poder, mas sim uma matriz de individualização sobre a qual cada um tem construído a sua subjetividade, vive sua vida e pratica suas ações. O poder se exerce no Estado, mas não deriva dele, pelo contrário, o poder se estatizou ao se abrigar e se legitimar sob a tutela das instituições estatais” (VEIGA NETO, 2003, p. 145) e, por isso, a dificuldade do Estado em regular, em estabelecer parâmetros de funcionamento, pois embora lícita, a prostituição está à margem do discurso social da sociedade considerada “honestas” – como se as pessoas prostituídas não pudessem ser consideradas honestas – e, por isso, mantém-se o exercício social da tolerância ao referido tema.

Em um segundo plano, mas em decorrência do anterior é possível afirmar que a contradição antes posta é possível de ser observada, também, nas políticas públicas que tem como principal intenção, a proteção da mulher prostituída frente sua condição de marginalidade e invisibilidade.

Na verdade, as políticas públicas em torno da prostituição mais parecem tratar de uma higienização social e urbana, pois, como é possível observar nas ações sanitárias em torno das doenças sexualmente transmissíveis não se exige ou, pelo menos, solicita nenhum tipo de controle daqueles que demandam dos serviços sexuais, concentrando-se, somente, nas revisões da saúde da mulher prostituída. (CUENCA, 2007, p. 51).

Tradicionalmente no Brasil, a prostituição tem sido entendida como fenômeno semicriminoso. Se não é crime em si, é certamente visto como uma questão de ordem pública, cuja análise, ordenação e (ocasional) repressão cabem propriamente às autoridades instituídas do Estado. (...) A preocupação principal desses agentes tem sido limitar os supostos contágios do “vício” do sexo comercial para que estes não infectassem a família idealizada (...). (BLANCHETE, 2011, p. 193).

Ora, a mulher prostituída não é uma delinquente, nem uma vítima. Muito menos uma pessoa conflitiva e, sim, uma trabalhadora (HERRERO, 2007, p. 120.) que para trabalhar necessita, a exemplo de qualquer outro trabalhador, que o exercício de sua atividade seja reconhecido a partir do Princípio da dignidade da pessoa humana, pois é em razão dele que se torna possível tutelar a liberdade, a igualdade e a promoção da justiça social.

Fato é que independente dos motivos que levaram essa mulher a prostituição ela tem direito a sua liberdade de consciência e por liberdade de consciência entenda-se a faculdade de um indivíduo em estabelecer opinião e julgamento sobre si mesmo e sobre o mundo onde se encontra inserido. Circunstância que permite aos diferentes cidadãos determinar os valores morais e éticos que desejam perseguir.

Desta feita, minha escolha não pode ser considerada imoral pelo simples fato de contrariar os ditames e impulsos da sociedade con-

siderada dos bons. Se assim fosse, poderia, então, o Estado interferir no pensamento do indivíduo a ponto de impor-lhe condições das mais diferentes classes, é dizer, religiosas, financeiras, entre outras.

Por outro lado, ainda que seja considerada imoral pelo simples fato de contrariar a vontade de uma determinada classe social, é, necessário lembrar que refere-se ao meu direito de escolha, ou seja, um Direito fundamental constitucionalmente garantido e que por isso, possui aplicação imediata não se fazendo necessário, portanto, qualquer que seja a regulamentação para que sejam exercidos.

Ora, importante que se diga, que qualquer pessoa tem o direito de escolher a atividade laboral que deseja realizar, desde que essa seja lícita. Assim, se não há Lei proibindo a atividade da prostituição, não se faz necessária a publicação de uma Lei que permita o seu exercício.

Desta feita, faz-se necessário um movimento que ultrapasse as fronteiras dos Estados e dos ditames sociais no sentido de que nenhum cidadão necessite fazer valer o art. 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos onde aduz que “Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração”, pois que tais direitos já são de precípua garantidos, sob pena de que seu desprezo possam conduzir a atos de barbárie que revoltem a consciência da Humanidade. (Preâmbulo DUDH).

Considerações finais

É inegável que a estratificação sexual da mulher caminha em paralelo ao fenômeno da prostituição e, ainda, também não pode restar dúvidas no sentido que referidos fenômenos encontram-se diretamente relacionados aos padrões éticos e morais da sociedade que, por sua vez, estão pautados em valores patrimoniais de consumo defendidos por uma sociedade machista.

Desta feita, é possível, então, afirmar que o discurso em torno de todas as dificuldades que envolvem o tema da estratificação sexual da mulher e o reconhecimento da mesma como sujeito de direitos e garantias está diretamente relacionado a ideia da construção e consolidação de poder sobre o outro, de forma a corporificar uma política sobre as mulheres.

Política que, por sua vez, é evidenciada nos clássicos textos normativos, nas políticas públicas sobre referida temática e, ainda, nos clássicos estudos acadêmicos sobre a mulher.

Tal circunstância, possivelmente, encontre fundamentação no fato que qualquer estudo sobre a mulher não pode desprezar o estudo sobre o homem. O simples ato de reconhecer a marginalização feminina sem entender o porquê de tal invisibilidade, apenas vitimiza, ainda mais, a mulher.

Faz-se necessário, então, compreender por que tal marginalização? Qual a motivação da separação dos sexos e pior, o porquê da subjugação do feminino em detrimento do masculino?

É fato que tais provocações não encontram uma resposta exata e genérica o bastante para explicar todas as relações sociais e manifestações da sexualidade humana, mas também não é correto afirmar que as relações entre os sexos são desiguais, simplesmente, porque é assim e sempre será assim.

Ora, referido tema exige um verdadeiro desacorrentar de amarras morais que, por muitas vezes, nos são apresentadas, ainda, no berço. Sem contar o fato que nossa história sempre foi escrita pelos homens que, por sua vez, possuíam o poder de decisão e mando sobre a mulher, a criança, o negro, o idoso, enfim... ao que lhe é diferente do que o fez “senhor” e detentor dos padrões reconhecidos e determinados pelos valores morais e éticos de uma sociedade considerada “dos bons” e detentora do capital econômico.

Sendo assim, não é difícil compreender a estratificação feminina quando se realiza o exercício de reconhecer o outro sem as especu-

lações comuns de uma sociedade fundamentada no poder do capital, cuja máxima se exerce em “eu quero, eu pago, eu posso”.

Circunstância que prejudica o sentimento de pertença e consubstancia um modo simplificado de aceitação do outro e de suas opções de escolha. Diz-se simplificado porque, de maneira velada, passa a segregar o que lhe parece diferente e, por isso esquecido pelos instrumentos formais de concretização de direitos fundamentais.

Necessário, então, um posicionamento do Estado brasileiro no sentido de reconhecer ou não a atividade do exercício da prostituição, pois enquanto se exercita a tolerância social por meio da justificativa de mal necessário, muitas são as mulheres prostituídas que são vítimas de abusos e, porque não dizer violência, por parte das autoridades instituídas do Estado.

Ora, não se pode continuar marginalizando o exercício laboral da prostituição pela simples necessidade de preservar a família idealizada. É necessário garantir o direito fundamental de escolher o exercício da prostituição como atividade laboral, pois que é através desta que o cidadão se apresenta e se reconhece na sociedade.

Nesse contexto, no qual as conquistas não têm sido suficientes para vencer o avanço da violência, da discriminação no mercado de trabalho, das desigualdades salariais e na participação política e das perdas concretas ou ameaças aos direitos das mulheres, é fundamental tomar o marco dos 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos como ocasião de reflexão e de construção de ações de proteção a esses direitos.

Referências Bibliográficas:

ALVARENGA, Darlan. **Brasil cai para a 90.^a posição em ranking de igualdade entre homens e mulheres.** «<https://g1.globo.com/economia/noticia/brasil-cai-para-a-90-posicao-em-ranking-de-igualdade-entre-homens-e-mulheres.ghtml>»

- BLANCHETE, Thaddeus Gregory; DA SILVA, Ana Paula. Amor, um real por minuto: A prostituição como atividade econômica no Brasil urbano. In PARKER, R.; CORREA, S. (orgs). **Sexualidade e política na América Latina: Histórias, interesses e paradoxos**. Rio de Janeiro: SPW, 2011.
- BRASIL. **Decreto n.º 46.981 de 08 de outubro de 1959**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D46981.htm>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2019.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Assistência à Saúde. **Programa Nacional de Doenças Sexualmente Transmissíveis/AIDS**. Manual do Multiplicador – Profissional do Sexo. Brasília: Ministério da Saúde, 1996.
- BRUNDAGE, James A. **La Ley, el sexo y la sociedad Cristiana en la Europa medieval**. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2003.
- CARMONA CUENCA, Encarna. “¿Es la prostitución una vulneración de derechos fundamentales?”, en SERRA CRISTÓBAL, Rosario. (Coord.). *Prostitución y trata: Marco jurídico y régimen de derechos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- GAY HERRERO, Sylvia. “Formulas jurídicas reconocedoras de los derechos profesionales de las trabajadoras sexuales”, en SERRA CRISTÓBAL, Rosario. (Coord.). **Prostitución y trata: Marco jurídico y régimen de derechos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- KAHN, Frédéric. *Notre vie sexuelle* (12.^a édition). Bruxelles: Editions N. Studer, 1937. Apud. ACOSTA PATIÑO, Rafael. **Criminología de la prostitución, realidad actual**: Análisis de 46 entrevistas a prostitutas em vías de rehabilitación, psicoanálisis del rufián. Formas y técnicas de prostitución. Psicología de las prostitutas. Perfil del cliente. Madrid: Universal Gráfica, 1979.
- LEVI-STRAUSS, Claude. *The Family: in man, culture, and society*. Org. H. Shapiro. London: Oxford University Press, 1971 Apud. RUBIN, Gayle. **O tráfico de mulheres: notas sobre a “economia política” do sexo**. Trad. Christine Rufino Dabat, Edileusa Oliveira da Rocha e Sonia Corrêa. Recife: Edição SOS Corpo, 1993.
- NETO OLIVAR, José Miguel. **Prostituição feminina e direitos sexuais ... diálogos possíveis ?**. Sex., Salud Soc. (Rio J.) , Rio de Janeiro, n.º 11, p. 88-121, agosto de 2012. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-64872012000500005&lng=en&nrm=iso; Acesso em: 01 de fevereiro de 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S1984-64872012000500005>.
- ONU NEWS. **As “mulheres essenciais” na criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em <<https://news.un.org/pt/story/2018/12/1651161>> Acesso em: 31.01.2019.
- RAGO, Margareth. **As mulheres na historiografia brasileira**. In: SILVA, Zélia Lopes da (org.). *Cultura histórica em debate*. São Paulo: UNESP, 1995.
- ROBERTS, Nickie. **As prostitutas na história**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1998.
- RUBIN, Gayle. **O tráfico de mulheres: notas sobre a “economia política” do sexo**. Trad. Christine Rufino Dabat, Edileusa Oliveira da Rocha, Sonia Corrêa. Recife: Edição SOS Corpo, 1993.
- SCOTT, J. **Gênero**: uma categoria útil de análise histórica. Porto Alegre: Educação & Realidade, 1995.

(Página deixada propositadamente em branco)

**EL PRESENTE DE LOS DERECHOS HUMANOS. ¿QUÉ OCURRE
CON EL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA EN ESPAÑA?
THE PRESENT OF HUMAN RIGHTS: HOW DOES THE RIGHT
TO PRIVATE PROPERTY APPLY IN SPAIN?**

Rubén Miranda Gonçalves

Universidad de Santiago de Compostela

<https://orcid.org/0000-0002-8492-6104>

Resumen: La libertad es uno de los valores más preciados del ser humano, pues sin ella difícilmente se podría vivir en democracia. Al mismo tiempo, el ser humano necesita de la libertad para ejercer sus derechos y precisa de la propiedad para ser libre e independiente. No en vano, el derecho a la propiedad privada está recogido en la Declaración Universal de Derechos Humanos como un derecho humano de todos los ciudadanos al igual que la vida, la dignidad, igualdad, entre otros.

Palabras Clave: Derechos Humanos; Propiedad Privada; Declaración Universal de Derechos Humanos; Libertad.

Abstract: Freedom is one of the most important values of the human being, for without it we can hardly live in democracy. At the same time, humans need freedom to exercise their rights, and they need private property to be free and independent. After all, the right to private property is enshrined in the Uni-

versal Declaration of Human Rights as a Human Right of all the citizens, just like life, dignity, equality, amongst others.

Keywords: Human Rights; Private Property; Universal Declaration of Human Rights; Freedom.

Introducción

La libertad es uno de los valores más preciados del ser humano, pues sin ella difícilmente se podría vivir en democracia. Al mismo tiempo, el ser humano necesita de la libertad para ejercer sus derechos y precisa de la propiedad para ser libre e independiente. No en vano, el derecho a la propiedad privada está recogido en la Declaración Universal de Derechos Humanos como un derecho humano de todos los ciudadanos al igual que la vida, la dignidad, igualdad, entre otros.

La propiedad podría definirse como el “dominio que cada hombre reclama y ejerce sobre las cosas externas del mundo, excluyendo a cualquier otro individuo”¹, “aquello a lo que el hombre puede conferirle un valor y al cual tiene un derecho”².

Era tal la importancia de la propiedad privada que, en 1789, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se dejó patente en el artículo 2 que “la finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”. Entre esos derechos se encontraban la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

¹ PIPES, R., *Propiedad y libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*, Madrid: Turner. Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 14.

² PIPES, R., *Propiedad y libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*, cit., p. 14.

Por si no hubiese quedado claro en ese artículo, la misma Declaración volvería a hacer referencia a ella en su artículo 17³, al calificarlo como un derecho inviolable y sagrado de todos los ciudadanos, aunque, de esta vez, se incluía una matización importante y es que la propiedad podría ser retirada por causas de necesidad pública y previa indemnización justa.

En la actualidad debe matizarse que, aun existiendo la expropiación por causas de necesidad pública, ya no se prevé que la indemnización sea previa a la expropiación, pudiendo la Administración pública indemnizar a los perjudicados posteriormente.

A lo largo de las presentes líneas se abordará, desde el ámbito del derecho público, el derecho humano a la propiedad, en especial, cómo está regulado en el ordenamiento jurídico español el derecho a la propiedad y si es o no es un derecho fundamental, haciendo una defensa de la misma, pues, tal y como afirmaba John Locke, las personas tienen derecho al fruto de su trabajo⁴, por lo que es algo natural, pues está en la naturaleza de las cosas y cualquier persona entiende que no puede reclamar como propio algo que ya tiene dueño.

1. El derecho humano a la propiedad privada

El derecho a la propiedad privada aparece recogido en el artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuando establece que “toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente” y continúa señalando en su apartado segundo que “nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”. No obstante, aparece regulado en más textos internacionales como son el Conve-

³ “Por ser la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y con la condición de haya una justa y previa indemnización”.

⁴ LOCKE, J., *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, Madrid: Aguilar, 1997, p. 48 y ss.

nio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁵, Tratado de la Constitución Europea⁶, Declaración Americana de los Derechos del Hombre⁷, entre otros.

Es cierto que la legislación actual no lo coloca al mismo nivel que el derecho a la vida o a la dignidad de la persona, pues el derecho a la propiedad puede graduarse o limitarse por ley si es en beneficio del interés público o el interés social, pero no por ello es menos importante.

Nos encontramos ante un derecho que es de vital importancia para los seres humanos, pues gracias a la propiedad privada los seres humanos se desarrollan como personas y son libres, pues “una sociedad que no conociera las instituciones de la propiedad privada estaría condenada a no saber jamás lo que quiere decir ser libre⁸. POSNER afirmaba que “tener la propiedad de una cosa, es tener reconocido el poder de decidir libremente el uso o el destino que se quiere dar a esa cosa. Es verse protegido contra la posibilidad de que otros puedan imponernos, contra nuestra voluntad, un uso de nuestro recurso que no sea el que nosotros queremos”⁹.

⁵ Artículo 1, protocolo adicional al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: “Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional”.

⁶ Artículo II-77: “Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general”.

⁷ Artículo 23: “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”.

⁸ LEPAGE, H., *¿Por qué la propiedad?*, Madrid: Colección Tablero, 1986.

⁹ POSNER, R., *Economics Analysis of Law*, 3rd edition. Boston & Toronto: Little, Brown and Company, 1986, p. 29 y ss.

Sin propiedad privada difícilmente podrán desarrollarse como personas, y así lo afirmaba RYAN “lo que el hombre es, lo que hace y lo que posee constituyen una unidad, de modo que una agresión contra sus pertenencias es una agresión contra su individualidad y su derecho a la vida”¹⁰.

Si bien en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se consagró como un derecho inviolable, en la actualidad nos encontramos con el Estado es el primero en no respetarla, en tanto en cuanto la legislación establece, como se verá más adelante, unos límites, justificándose que “el derecho de propiedad se ha transformado como consecuencia de los cambios económicos y sociales que se han producido a lo largo de casi dos siglos”¹¹. De haberse respetado el derecho a la propiedad como un derecho natural, no se estaría discutiendo si la Administración pública puede expropiar.

El derecho a la propiedad privada debería ser, a nuestro juicio, como el derecho a la libertad, un derecho inherente a la propia esencia de la naturaleza e inherente al ser humano. No obstante, la realidad es muy diferente y, si bien es cierto que es un derecho humano, son pocos los Estados que reconozcan el derecho a la propiedad como un derecho fundamental en sus Constituciones.

2. ¿Cómo se regula el derecho de propiedad en España?

A la hora de estudiar el derecho de propiedad privada, no podemos olvidarnos de toda la regulación que existe en el marco del derecho civil. No obstante, en este trabajo, por razones de espacio y tiempo, sólo abordaremos la regulación en el ámbito del derecho público.

¹⁰ RYAN, A., *Property*, Minneapolis: University of Minnesota Press, 1978, p. 70.

¹¹ SERRANO ALBERCA, J. M., *El Derecho de Propiedad, la Expropiación y la Valoración del Suelo*, Navarra: Thomson Reuters, 2009, p. 36.

El derecho a la propiedad privada está recogido en la Constitución española en el artículo 33, a cuyo tenor “1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes” y la competencia para legislar sobre materia de expropiación forzosa será exclusiva del Estado, en virtud del artículo 149.1.18 de la Constitución.

El hecho de que el legislador haya querido incluir este derecho en el Capítulo Segundo del Título Primero, coloca a la propiedad fuera del elenco de derechos fundamentales. Ello se debe a que el legislador se quiso alejar de los postulados del liberalismo clásico¹² en los que se consideraba la propiedad como algo inviolable e intocable, no refiriéndose “sólo a los objetos materiales sino a todo lo que el individuo tuviera el derecho natural de reclamar como suyo”¹³, pasando, en la actualidad, a considerarla como un derecho estatutario.

Entre las diferentes leyes más importantes sobre la materia que limitan el derecho a la propiedad nos encontramos con la Ley de Expropiación Forzosa, Ley de 16 de diciembre de 1954 y el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

¹² DEL MASSO, F.; MIRANDA GONÇALVES, R.; FERREIRA, R.M. ZEFERINO, “A (Re)Invenção do Estado do Século XXI: O Regresso ao Liberalismo como Suporte do Sistema Democrático” *Revista Internacional Consinter de Direito*, Vol. I, 2015, p. 306 y ss.

¹³ PIPES, R., *Propiedad y libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*, cit., p.56

3. La expropiación forzosa

La expropiación forzosa “se sitúa como la más incisiva de las prerrogativas administrativas y, a su vez, como una de las más sensibles al sistema de garantías que consagra el Estado de Derecho”¹⁴. Se convierte en “la potestad por la que la Administración pública puede adquirir bienes y derechos necesarios para la satisfacción de intereses públicos o para la realización de reformas de estructuras sociales y económicas”¹⁵. A través de la expropiación no sólo se adquieren bienes por parte de la Administración, sino que también “puede consistir en la plena destrucción del bien”¹⁶.

En toda expropiación existen, como mínimo dos partes: la que expropia (expropiante) y a la que se le expropia (expropiado), que es el sujeto titular del bien o derecho expropiado. En ocasiones, aparece la figura del beneficiario, el cual asoma cuando la Administración no expropia el bien para sí misma, si no para otro sujeto el cual llevará a cabo alguna actividad de interés social en el terreno que se ha expropiado previamente por la Administración.

En relación a los sujetos anteriores, es necesario puntualizar que, según la Ley de Expropiación Forzosa, sólo tienen potestad para expropiar las Administraciones territoriales¹⁷ y, en ningún caso, las Administraciones institucionales, corporaciones etc.

¹⁴ LÓPEZ MENUDO, F.; CARRILLO DONAIRE, J. A.; GUICHOT REINA, E., *La expropiación forzosa*. Valladolid: Lex Nova, 2006, p. 19.

¹⁵ COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Navarra: Thomson Reuters, 2018, p. 699.

¹⁶ COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 703.

¹⁷ La Ley de Expropiación Forzosa en su artículo 2.1 establece que “La expropiación forzosa sólo podrá ser acordada por el Estado, la Provincia o el Municipio”. No obstante, también podrán expropiar las Comunidades Autónomas y las Islas.

Las Comunidades Autónomas podrán hacerlo en virtud del artículo 12 en su apartado segundo cuando establece que “también será de aplicación a la Administración de las Comunidades Autónomas la legislación sobre expropiación forzosa y sobre el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. La competencia legislativa de las

La Ley de Expropiación Forzosa establece que pueden ser expropiados derechos o intereses patrimoniales legítimos, sea cual sea la persona o Entidad a quien pertenezca, siempre que exista una causa de utilidad pública o interés social y siempre que, por Ley, se declare formal y previamente la concreción de la utilidad pública o del interés social, así se desprende del artículo 9 de la LEF cuando establece que “para proceder a la expropiación forzosa será indispensable la previa declaración de utilidad pública o interés social del fin a que haya de afectarse el objeto expropiado”.

Tal y como afirma COSCULLUELA, “Los principales supuestos de utilidad pública son la realización de obras públicas (...), cualquier finalidad pública que el legislador haya previsto como tal (por ejemplo, la construcción de un acuartelamiento) o la de los bienes que sean precisos para el funcionamiento de los servicios públicos, en sentido amplio o general)”¹⁸.

Expropiado el bien, según el procedimiento oportuno, debe determinarse la indemnización, también conocida como justiprecio. Según el artículo 24 de la LEF, “la Administración y el particular a quien se refiera la expropiación podrán convenir la adquisición de los bienes o derechos que son objeto de aquélla libremente y por mutuo acuerdo, en cuyo caso, una vez convenidos los términos de la adquisición amistosa, se dará por concluido el expediente iniciado”. Para ello, el expropiado remitirá a la Administración una hoja de aprecio “en la que se concrete el valor en que estimen el objeto que se expropia,

Comunidades Autónomas sobre contratos y concesiones administrativas se ajustará a la legislación básica del Estado”.

En el caso de los Municipios, Islas y Provincias así lo establece el artículo 4.1d de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local cuando dispone que “En su calidad de Administraciones públicas de carácter territorial, y dentro de la esfera de sus competencias, corresponden en todo caso a los Municipios, las Provincias y las Islas (...) Las potestades expropiatoria y de investigación, deslinde y recuperación de oficio de sus bienes”.

¹⁸ COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 703.

pudiendo aducir cuantas alegaciones estimen pertinentes”, tal y como establece el artículo 29 de la LEF.

En el caso en el que la Administración rechace la valoración de los propietarios, extenderá al expropiado una nueva hoja de precio fundada en el valor del objeto de la expropiación el cual podrá aceptar o no. Si se acepta, el acuerdo se produce. Si no se acepta, el artículo 31 de la LEF establece que “se pasará el expediente de justiprecio al Jurado provincial de expropiación”.

5. Conclusiones

La institución de la propiedad ha sufrido grandes cambios a lo largo de la historia. Lamentablemente, estos cambios han sido a peor, dejándose de lado la visión del liberalismo clásico en la que se defendía de una manera férrea a la propiedad.

En la actualidad, el Estado se reserva la potestad de retirarles la propiedad a los ciudadanos a través de la expropiación. Si bien es cierto que se pueden expropiar los derechos o intereses patrimoniales legítimos, también lo es que no pueden expropiarse los derechos personales y familiares.

Somos partidarios de reconocer el derecho a la propiedad privada como un derecho natural, inherente a la propia esencia de la naturaleza e inherente al ser humano, y que, bajo ningún concepto se pueda expropiar.

Bibliografía

COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo*. Navarra: Thomson Reuters, 2018.

DEL MASSO, F., MIRANDA GONÇALVES, R., ZEFERINO FERREIRA, R. M., A (Re)Invenção do Estado do Século XXI: O Regresso ao Liberalismo como Suporte do Sistema Democrático. *Revista Internacional Consinter de Direito*, Vol. I, 2015, p. 306 y ss.

- LEPAGE, H., *¿Por qué la propiedad?*. Madrid: Colección Tablero, 1986.
- LOCKE, J., *Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Madrid: Aguilar, 1997.
- LÓPEZ MENUDO, F., CARRILLO DONAIRE, J. A., GUICHOT REINA, E., *La expropiación forzosa*. Valladolid: Lex Nova, 2006.
- PIPES, R., *Propiedad y libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*. Madrid: Turner. Fondo de Cultura Económica, 1999.
- POSNER, R., *Economics Analysis of Law*. Boston & Toronto; Little, Brown and Company. 3rd edition, 1986, p. 29 y ss.
- RYAN, A., *Property*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1978.
- SERRANO ALBERCA, J. M., *El Derecho de Propiedad, la Expropiación y la Valoración del Suelo*. Navarra: Thomson Reuters, 2009.

**LAS MIGRACIONES EN PERSPECTIVA HISTÓRICA
CONTEMPORÁNEA
MIGRATIONS IN A CONTEMPORARY HISTORIC PERSPECTIVE**

Pedro Garrido Rodríguez

Universidad de Salamanca

<https://orcid.org/0000-0002-4949-4692>

Resumen: Los intentos por describir los movimientos migratorios y sus implicaciones han sido y son múltiples y diversos¹. Como también lo son las cambiantes características de este proceso, que existe desde el inicio de la humanidad y que ha variado profundamente en función de los diferentes contextos históricos en los que ha tenido lugar. Según la UNESCO, los movimientos migra-

¹ Para una visión panorámica de los movimientos migratorios a lo largo de la historia y sus implicaciones, resultan especialmente reseñables, *vd.*: Dollot, Louis, *Las migraciones humanas*. Barcelona: Oikos-Tau, 1971; Blanco, Cristina, *Las migraciones contemporáneas*. Madrid: Alianza Editorial, 2000; Malgesini, Graciela, *Cruzando fronteras. Las migraciones en el sistema mundial*. Barcelona: Icaria: Fundación Hogar del Empleado, 1998; Panadero Moya, Miguel; García Martínez, Carmen (Coords.), *Migraciones extranjeras en la Unión Europea*. Cuenca: Ed. Universidad de Castilla la Mancha, 1997; Fernández-Rufete, José; García Jiménez, Modesto (Eds.), *Movimientos migratorios contemporáneos*. Murcia: Universidad Católica San Antonio, 2005; Montes del Castillo, Ángel; Martínez Martínez, M.^a José (Eds.), *Migraciones, cultura y desarrollo*. Murcia: Universidad de Murcia, 2008; Marrodán, Dolores; Prado, Consuelo (Coords.), *Las migraciones: su repercusión en la sociedad y en la biología de las poblaciones humanas*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1994; Klaus, J. Bade, *Europa en movimiento: las migraciones desde finales del siglo XVIII hasta nuestros días*. Barcelona: Crítica, 2003; Ibarrola-Armenariz, A.; H. Firth, C. (Eds.), *Migraciones en un contexto global*:

torios son: *Desplazamientos de la población de una delimitación geográfica a otra por un espacio de tiempo considerable o indefinido*². Como refleja el análisis histórico de los movimientos migratorios trazado a continuación, las migraciones están presentes en todos los pueblos. No existe ningún pueblo o nación que no se haya visto implicado en una gran migración, ya sea pacífica o bélica, y que no haya experimentado cambios a raíz de ella.

Palabras Clave: Migraciones; Movimientos migratorios; Derechos Humanos; Historia de las migraciones; Migraciones contemporáneas.

Abstract: There have been many and diverse attempts to describe migratory movements and their variables, as have been the changing characteristics of this process, which has existed since the beginning of humanity and has varied profoundly according to the different historical contexts in which it has taken place. According to UNESCO, migratory movements are described as *Displacements of the population from one geographical delimitation to another for a considerable or undefined period of time*. As the historical analysis of migratory movements outlined below shows, migrations are present in all nations. There are no people or nation that has not been involved in a major migration, whether peaceful or warlike, and has not undergone changes as a result thereof.

Keywords: Migrations; Migratory movements; Human Rights; History of migrations; Contemporary migrations.

transiciones y transformaciones como resultado de la masiva movilidad humana. Bilbao: Universidad de Deusto, 2007; Chaliand, G., *Atlas historique des migrations*. Paris: Éditions du Seuil, 1994; Gaigné, C., *Aging nations and the future of cities*. London: Centre for Economic Policy Research, 2004; Lewis, G., *Human migration: a geographical perspective*. London: Croom Helm, 1982.

² En Bernat, J. S.; Gimeno, C. (Eds.), *Migración e interculturalidad: de lo global a lo local*. Castelló de la Plana: Universitat Jaume I, 2006, p. 57.

Introducción

Los movimientos migratorios existen desde el principio de los tiempos. Ya a partir del 9.000 a.C. comienza la Revolución Neolítica, que se extiende lentamente desde Oriente Medio hacia otras regiones de Europa gracias a las migraciones. La Edad Antigua fue una etapa de enormes migraciones expansionistas. Luis Dollot³ relata dentro de este periodo entre invasiones⁴, migraciones colonizadoras⁵, migraciones forzadas⁶ y éxodo rural⁷.

³ Dollot Louis (1971), *Las migraciones humanas*. Barcelona: Oikos-Tau. Op. cit., p. 13-29.

⁴ Las grandes invasiones antiguas procedentes del este y con Europa Occidental como destino. Por su parte, las invasiones bárbaras supusieron a partir del siglo II d.C. un peligro para el Imperio Romano, llevando finalmente a la caída de Roma en el 476. Es significativo el papel desempeñado por los hunos en este proceso, llegando hasta las orillas del Mar Negro en su ruta hacia el Oeste, sometiendo a los godos orientales (ostrogodos) que a su vez presionaron a los godos occidentales (visigodos) para que se movieran en la misma dirección. Herrera Carassou, R. (2006), *La perspectiva teórica en el estudio de las migraciones*. Méjico D.F.: Siglo Veintiuno, p. 41.

⁵ Con mayor proyección y consecuencias que las invasiones, al difundir la civilización por toda la cuenca mediterránea. Muestra de estas migraciones colonizadoras son: la de los fenicios por todo el Mediterráneo, llegando su influencia incluso hasta el Atlántico; los griegos, puente entre Oriente y Occidente, que hicieron de la emigración un importante factor de expansión, riqueza y prosperidad; los cartagineses, por todo el norte de África; los romanos, sobre todo a partir de las Guerras Púnicas contra Cartago, Roma se expandió progresivamente a gran velocidad; los propios galos también emigraron con fines coloniales dentro del Imperio, por ejemplo a Galacia (Asia Menor), Galitzia (Europa Central) y Galicia; los sirios y los judíos se expandieron ampliamente por Egipto y por las provincias romanas, formando un grupo de población bastante considerable. Sirva el dato de que cuando Tiberio los expulsó de Roma, de unos 800.000 habitantes que tenía la ciudad, 50.000 eran judíos.

⁶ La esclavitud, que se extiende desde la antigüedad hasta el inicio de la época contemporánea, es el más claro ejemplo de este tipo de movimiento poblacional. Tuvo una enorme influencia socioeconómica en todas las civilizaciones antiguas. Son representativos los casos de los judíos cautivos en Babilonia; los esclavos llevados a Grecia desde las fronteras del territorio, Egipto o Asia Menor, e incluso los propios griegos, hechos esclavos muchos de ellos tras ser vencidos por los romanos.

⁷ Este proceso se produjo en todo el litoral mediterráneo. Babilonia, Menfis, Jerusalén, Atenas, Roma o Alejandría, se convirtieron en enormes núcleos de población.

A lo largo de la Edad Media tienen lugar migraciones intercontinentales y, sobre todo, continentales, de muy diversa clase⁸, entre las cuales, las vinculadas a la religión⁹ tienen un especial volumen y significación. Las invasiones intercontinentales fueron continuas. Muestra de ello son las invasiones asiáticas hacia Europa¹⁰; las invasiones africanas hacia Europa, con las invasiones árabes; las invasiones europeas hacia Asia, es decir, las Cruzadas, o las invasiones asiáticas hacia Oceanía y África. También hay importantes migraciones continentales provocadas por las últimas invasiones: en Occidente las postremas invasiones germánicas y en Oriente las invasiones eslavas; las hambrunas, las epidemias como la peste negra; las migraciones de carácter religioso como las Cruzadas o las peregrinaciones multitudinarias; las migraciones comerciales; las grandes ferias; o los cambios de soberanía o el ofrecimiento de señores feudales a campesinos para cultivar sus tierras.

El descubrimiento de América en 1492 abre una etapa nueva en la historia de las migraciones, empujando a los hombres a la aventura transoceánica a lo largo de toda la Edad Moderna. Los conquistadores europeos se sirvieron de la trata de esclavos negros en su proceso de colonización. Principalmente los españoles, los portugueses, los

⁸ Para un conocimiento más profundo sobre las migraciones en la Edad media, véanse, entre otros: Claramunt, S.; Portela, E.; González, M.; Mitre, E., *Historia de la Edad Media*. Barcelona: Ariel, 1997; Mitre, E., *Introducción a la historia de la Edad Media europea*. Madrid: Istmo, 2004; Hooper, N.; Bennett, M., *Atlas ilustrado la guerra en la Edad Media*. Madrid: Akal, 2001; Little, L.; Rosenwein, B., *La Edad Media a debate*. Madrid: Akal, 2003.

⁹ Acerca de los conflictos y las migraciones vinculadas a la cultura y a la religión, resultan ampliamente ilustrativos: García Fitz, F., *Edad Media: guerra e ideología: justificaciones jurídicas y religiosas*. Madrid: Sílex, 2003; Rodríguez, G., *Migraciones e Inmigraciones en las religiones: la diversidad religiosa en el Medioevo*. En *Historia*. São Paulo, Vol. 27, N.º 2, 2008; Balderas, G., *Cristianismo, sociedad y cultura en la Edad Media: una visión contextual*. México D.F.: Universidad Iberoamericana, 2008.

¹⁰ Comenzando por los hunos y los tártaros, continuando con los magiares en el siglo X, los mongoles en el siglo XIII y los turcos, que acabaron con el Imperio Romano de Oriente con la toma de Constantinopla en 1453.

holandeses y los ingleses, sobre todo tras el tratado de Utrecht, por el que lograron el monopolio. La trata, abolida en 1815, tuvo una dimensión enorme, hasta el punto de que a lo largo de tres siglos las colonias americanas fueron provistas de más esclavos negros que de inmigrantes blancos. Más tarde, con la abolición de la esclavitud a mediados del siglo XIX, los trabajadores forzosos se fueron sustituyendo por trabajadores reclutados, en muchas ocasiones a la fuerza, de otros lugares de la geografía mundial. A la vez que se producían estos grandes flujos migratorios hacia las Indias Occidentales, los españoles, portugueses, holandeses, franceses e ingleses también hacían la ruta de las Indias Orientales.

Las migraciones dentro del continente europeo continúan en este periodo de diferentes formas. Hay refugiados por disputas religiosas, como el caso de los católicos y protestantes; o conflictos civiles, como los irlandeses desahuciados por los *landlords* ingleses. La creación de los estados nacionales y el aumento del poder de las monarquías implican un descenso de la inmunidad de los lugares sagrados como lugares de refugio, adquiriendo aquellos una mayor relevancia en la concesión de asilo¹¹. Con la Revolución Francesa de 1789 el asilo toma definitivamente el talante civil actual. También hubo migraciones intracontinentales por motivos económicos, como por ejemplo los movimientos de franceses meridionales en el siglo XVI hacia España para reemplazar a los moriscos; los trabajadores inmigrantes llegados en el siglo XVII a Francia; la demanda inglesa de mano de obra, o el envío de soldados al extranjero como mercenarios por parte de Suiza y los Países Bajos.

En el siglo XVIII, la Revolución Industrial condujo a un enorme aumento de la producción mundial, lo que conllevó grandes cambios en la población. Gran parte de la población rural fue a las ciudades

¹¹ Blanco, Cristina (2000), *Las migraciones contemporáneas*. Madrid: Alianza Editorial. Op. cit. p. 34-56.

y los campesinos se convirtieron en muchos casos en proletarios. En 1700, la población mundial dedicada a la agricultura era superior al 80%. En 1950 había descendido hasta el 60% y a partir de este momento, el descenso ha sido cada vez más pronunciado. Una de las consecuencias de la Revolución Industrial es el fuerte aumento de la población mundial, es decir, la llamada Revolución Demográfica.

1. Los movimientos migratorios en la edad contemporánea

Durante la Edad Contemporánea, las migraciones adquieren un enorme volumen y una tipología más diversa que sólo puede comprenderse en su conjunto desde un enfoque pluridimensional que integre todas sus variables. Se subdivide este apartado en dos: las migraciones entre 1850 y 1973 y las migraciones desde 1973 hasta la actualidad, etapa en la que la cuestión migratoria comienza a evolucionar hacia lo que representa en la actualidad. El incremento de la presión migratoria en los estados industrializados comienza a percibirse como un problema a resolver y se empieza a contemplar también con mayor receptividad la dimensión sociocultural y política de las migraciones y no solamente el factor económico, preponderante hasta ese momento.

Las migraciones en el periodo 1850-1973

En este periodo se produce una importante diversificación de los tipos de las migraciones. Cristina Blanco¹² diferencia entre dos subprocesos migratorios: el de los inicios de la industrialización (1850-

¹² Blanco, Cristina (2000), *Las migraciones contemporáneas*. Madrid: Alianza Editorial. Op. cit. p. 38.

1920) y el de la consolidación económica y política del mundo occidental tras la 2.^a Guerra Mundial (1945-1973).

En el primer periodo, el de los inicios de la industrialización (1850-1920), los principales flujos migratorios son: corrientes migratorias espontáneas, que van desde Europa hasta las colonias del Nuevo Mundo; corrientes migratorias forzadas, que parten de las colonias asiáticas con destino hacia otras colonias europeas y corrientes migratorias dirigidas, desde la Europa menos desarrollada hacia la Europa que comienza a industrializarse. También habría que señalar aquí la importancia de los flujos intranacionales del campo a la ciudad, que adquieren gran volumen en este periodo de industrialización¹³.

Los principales destinos son EEUU y la Europa industrial. EEUU recibe entre 1800 y 1930 más de 40 millones de europeos en busca de tierras, autonomía y libertad, frente a las poco atractivas expectativas de proletarización que les ofrecía su Europa natal. EEUU no impuso restricciones a la inmigración hasta 1880. En Europa, Gran Bretaña, Alemania y Francia fueron los países donde la inmigración fue más acusada. Gran Bretaña fue el primer país europeo afectado por este proceso inmigratorio a gran escala. Su primera gran oleada inmigratoria estuvo protagonizada por irlandeses atraídos por la incipiente

¹³ En España, es ilustrativo el caso de Madrid, que experimentó entre 1850 y 1900 un crecimiento demográfico de casi el 150%, pasando en dicho intervalo de 221.707 habitantes a 539.835. Como señala Carballo Barral, de la Universidad Complutense de Madrid: *La mayoría de los movimientos migratorios interiores acaecidos desde mediados del siglo XIX en España estuvieron ligados a la nueva organización socioeconómica y a los diversos procesos desamortizadores liberales, a los cambios en el comportamiento demográfico y a la dualidad existente, tanto en el sistema hereditario como en la distribución y propiedad de la tierra en el conjunto español. Estos factores coadyuvaron a la expulsión poblacional de vastas zonas rurales del interior con dirección a Madrid y a las zonas mineras e industriales del País Vasco o Cataluña.* El autor realiza en su artículo un análisis del proceso de creación de redes de apoyo a la inmigración rural y su integración en la ciudad a partir de vínculos familiares, de parentesco y de paisanaje. Carballo Barral, Borja (2008), "Redes familiares en la inmigración hacia el Ensanche Este de Madrid (1860-1878)". En revista electrónica: *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*. Coloquios. <http://nuevomundo.revues.org/30993>

industria británica, movidos también por la precariedad de su agricultura y la escasa competitividad de su pequeña industria en comparación con la de Gran Bretaña. En 1851, había 700.000 irlandeses en Gran Bretaña, empleados la mayoría en duros trabajos de la industria textil y en la construcción de canales y vías férreas. La segunda gran oleada fue la de los judíos huidos de Rusia. Fueron alrededor de 120.000 en el intervalo de 1875 a 1914. Estas migraciones fueron en su mayoría definitivas. Los inmigrantes tuvieron una nacionalización accesible y las terceras generaciones de descendientes ya ocupaban puestos importantes sociolaboralmente. Alemania tuvo un proceso de reclutamiento forzado y de carácter temporal. Los terratenientes del este activaron una inmigración estacionaria de polacos y ucranianos en condiciones de trabajo muy duras y mediante un sistema que impedía el asentamiento permanente. Francia fue el lugar de destino de una importante corriente migratoria espontánea. La nueva industria originó una creciente necesidad de fuerza de trabajo en tareas que los franceses trataron de evitar en la medida de lo posible. Así, en 1911 había en Francia 1,2 millones de extranjeros, esto es, el 3% de la población.

Respecto al segundo periodo, el de la consolidación occidental (1945-1973), tuvieron lugar importantes cambios. El más significativo es que los países menos desarrollados hacen de emisores, pero también de receptores de flujos migratorios. Así, se establecieron redes regionales de corta distancia con sus países colindantes. Por ejemplo, Argentina en Sudamérica recibió a numerosos inmigrantes de Chile, Bolivia y Paraguay. En África, Sudáfrica, Nigeria y Mauritania se convirtieron en lugares de inmigración regional. Los países productores de petróleo de Oriente Medio se transformaron también en destino de trabajadores de Asia y norte de África.

Por otra parte, desaparecieron algunos movimientos de larga distancia, como los de los trabajadores asiáticos reclutados forzosamente hacia colonias europeas en el Nuevo Mundo; disminuyó la emigración europea hacia EEUU; surgieron nuevas redes intercontinentales en

Sudamérica, África y Oriente Medio; aumentó la inmigración europea proveniente de la Europa menos industrializada y de las antiguas colonias, y se inició un cambio de dirección en las migraciones intercontinentales entre Sudamérica y Europa.

Los movimientos de trabajadores hacia Europa aumentaron. Principalmente con los trabajadores “invitados” por los países de destino y los provenientes de las antiguas colonias, que marcharon hacia la antigua metrópoli. Los trabajadores “invitados” fueron reclutados de manera acordada por los países emisores y receptores. Es el caso de Gran Bretaña, Bélgica, Francia, Suiza, Holanda y Alemania, que incorporaron trabajadores de países como Italia, Grecia, España, Portugal, Yugoslavia, Marruecos, Turquía y Túnez. Este sistema promovía el trabajo temporal y obstaculizaba el asentamiento permanente. Sin embargo, a pesar de las restricciones, el desplazamiento terminó siendo permanente en multitud de ocasiones. Por su parte, los trabajadores de las antiguas colonias supusieron otra partida importante de inmigración. Son ejemplo de ello los numerosos irlandeses y personas provenientes de la Commonwealth que emigraron a Gran Bretaña; los trabajadores procedentes de Argelia, Marruecos, Túnez, Senegal y Mauritania que marcharon a Francia, o los indonesios y caribeños que fueron a Holanda.

A partir de la 2.^a Guerra Mundial, las migraciones sufrieron cambios sustanciales. Se añadieron nuevas corrientes migratorias con características igualmente novedosas. En este sentido, es fundamental la intervención de los Estados no sólo en las migraciones relacionadas con acontecimientos políticos, sino una intervención extendida a todos los tipos de migración. Prueba de esto es la creación por parte de éstos de ministerios de inmigración, la firma de convenios y tratados multilaterales, el establecimiento de leyes o la institución de acuerdos internacionales sobre la materia.

Por su parte, Louis Dollot señala que el ambiente beligerante previo a la 1.^a Guerra Mundial provocó un paulatino descenso de los

flujos migratorios clásicos¹⁴. En primer lugar, se redujeron las migraciones transoceánicas, quedando prácticamente interrumpidas años después, con la crisis económica de 1929. Ésta es causante también del término de las grandes migraciones continentales. Al inicio de la 2.^a Guerra Mundial, la emigración europea era bajísima. Prueba de ello es que en 1938 había sólo 100.000 emigrantes, frente a 600.000 en 1927 y 1.400.000 en 1913. Hay causas de diversa índole que influyen en este cambio: en los países nuevos cada vez hay menos espacio útil para asentarse y menos necesidad de fuerza de trabajo extranjera; los Estados establecen impedimentos a las migraciones; el desarrollo industrial en Europa exige mano de obra, lo que absorbe una gran cantidad de emigrantes potenciales; los países aplican políticas proteccionistas priorizando a su población nacional. Estas políticas proteccionistas y nacionalistas dieron como resultado un descenso pronunciadísimo de los flujos migratorios en 1929. La ligera reactivación producida en los años previos a la 2.^a Guerra Mundial se caracterizó por un proceso de corrientes migratorias invertidas, es decir, los países de emigración pasaron a ser países de inmigración y viceversa. En 1939 había ya un equilibrio entre los movimientos de emigración y de inmigración.

En este contexto del S. XX, las migraciones forzadas de refugiados y desplazados adquirieron una dimensión sin precedentes. Las tensiones políticas y bélicas acontecidas en la comunidad internacional durante el S. XX propiciaron que poco a poco se fuera conformando una red cada vez más amplia de movimientos migratorios de esta índole que se fue extendido a nivel mundial. Durante la primera mitad del S. XX, estos desplazamientos estuvieron causados por luchas armadas, la descomposición de imperios y de Estados, el nacionalismo más radical y beligerante y los regímenes dictatoriales europeos. En

¹⁴ Dollot, Louis (1971), *Las migraciones humanas*. Barcelona: Oikos-Tau, Op. cit. p. 97-120.

Europa, los primeros grandes movimientos de refugiados estuvieron motivados por el inicio de las guerras balcánicas en 1911-1912, estando especialmente implicados búlgaros, griegos y turcos. El hundimiento de Rusia y la revolución bolchevique de 1917 provocaron 1.500.000 refugiados rusos que tuvieron que abandonar el país y refugiarse en Europa Occidental y el Extremo Oriente. El Tratado de Lausana¹⁵ hizo que 1.300.000 griegos y 400.000 turcos se vieran obligados a regresar a los países de procedencia. En los años siguientes al fin de la I Guerra Mundial, hubo alrededor de 9,5 millones de europeos desplazados¹⁶. Las dictaduras de España, Italia y Alemania originaron numerosos desplazamientos, ejemplo de ello es el millón y medio de alemanes, mayoritariamente judíos, que tuvieron que abandonar Alemania en el intervalo 1933-1939. La II Guerra Mundial provocó el desplazamiento de cuarenta millones y medio de europeos, el más cuantioso de la historia.

Durante la segunda mitad del S. XX, la cuestión de los refugiados se ha ido trasladando a todo el planeta y ha ido acrecentándose su complejidad. En la década de los cuarenta y cincuenta se produce en Asia la descomposición de varios estados. La separación de la India en los estados de India y Pakistán provocó el movimiento de 15 millones de personas entre ambos países. La división de Corea en Norte y Sur ocasionó el intercambio de 5 millones de coreanos entre los dos territorios. La división de Vietnam en Vietnam del Norte y

¹⁵ El Tratado de Lausana fue firmado el 24 de julio de 1922 en la ciudad suiza de Lausana entre los gobiernos de Grecia, Turquía y los Estados aliados de la Primera Guerra Mundial. El acuerdo concedía a Turquía la Tracia oriental, las islas de Imbros y Tenedos y garantizaba la integridad de la minoría griega en Turquía, así como la de la minoría turca en Grecia. Sin embargo, el acuerdo también suponía que la mayoría de la población griega de Turquía era trasladada a Grecia y del mismo modo una gran parte de la población turca de Tracia se trasladaba a Turquía.

¹⁶ Merino Hernando, Asunción; González Martínez, Elda (2006), *Las migraciones internacionales*. Madrid: Dastin, p. 93-120. Las autoras señalan tres constantes hasta la llegada de la 2.ª Guerra Mundial: el fortalecimiento del estado-nación, el volumen creciente de refugiados y un ambiente poco receptivo a los inmigrantes por parte de los países receptores.

Vietnam del Sur produjo el desplazamiento entre ambos de un millón de personas. Desde la Guerra entre árabes e israelíes de 1948 numerosos palestinos, 2,7 millones en 1993, han tenido que desplazarse. En los años sesenta y setenta, la descolonización de muchos países de África como Argelia, Angola, Ruanda o Zaire estuvo inmersa en conflictos sociales y situaciones violentas que causaron numerosos desplazamientos dentro del continente. La Guerra Fría también tuvo su efecto en esta problemática, pues las potencias implicadas intervinieron en conflictos internos de otros países como Camboya, Afganistán, Angola o Mozambique, agravando así la situación.

Volviendo al tema general de las migraciones, Louis Dollot diferencia entre dos tipos de grandes movimientos internacionales después de 1945: las migraciones políticas: *producto de los desplazamientos de fronteras, de transferencias de soberanía de cambios de régimen, factores demográficos y una política de población o malthusiana que pueden representar un papel accesorio* y las migraciones económicas: *tendientes, para los expatriados provisionales o definitivos, a una promoción social y a la consecución de un nivel de vida mejor; para los países receptores, al desarrollo industrial y agrícola y a la expansión*¹⁷.

Las migraciones contemporáneas. Desde 1973 hasta la actualidad

La década de 1960 se caracterizó por un enorme crecimiento económico de Europa Occidental¹⁸, lo que promovió un gran flujo migra-

¹⁷ Dollot, Louis (1971), *Las migraciones humanas*. Barcelona: Oikos-Tau. Op. cit. p. 109.

¹⁸ Panadero Moya, Miguel, *Las nuevas realidades de las migraciones extranjeras en la Europa comunitaria*. En Panadero Moya, Miguel; García Martínez, Carmen (1997), *Migraciones extranjeras en la Unión Europea*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha. Op. cit. p. 15-26. Panadero Moya hace también en este capítulo un análisis de la población extranjera en la Unión Europea, con la distinción entre la población extranjera con y sin ciudadanía europea.

torio. Los grandes núcleos industriales del momento, esto es, Alemania, Luxemburgo, Holanda, Inglaterra, Francia y Bélgica, se nutrieron de numerosos inmigrantes llegados desde los países vecinos del sur, principalmente Italia, Portugal, España y Grecia. Desde 1960 hasta 1973, esta mano de obra inmigrante tuvo una enorme importancia económica en los países desarrollados y fue crucial para que desde 1960 hasta la crisis de 1973 sus índices de producto nacional bruto crecieran en torno al 4% anual¹⁹. En 1950 había ya unos cinco millones de trabajadores extranjeros en los catorce países que integraron la UE antes de 2004 y la cifra aumentó considerablemente. Entre 1960 y 1973 se duplicó incluso el número de residentes de 3,3 a 6,6, en los doce países que eran comunitarios entonces, llegando a representar la población extranjera en torno al 6% del total. A lo largo de la década de los 60, los principales países receptores de inmigración, concebían a sus sociedades como culturalmente homogéneas y no veían las repercusiones culturales, sociales y políticas que la presencia cada vez más creciente de inmigrantes iba a generar a largo plazo²⁰.

Con la crisis del petróleo de 1973, estas corrientes migratorias sufrieron un fuerte descenso. El considerable aumento de la inmigración de la década anterior, la recesión provocada por la crisis del petróleo y el proceso de cambio del sector industrial al sector servicios en las economías europeas, hicieron que la mayoría de países europeos establecieran condiciones de entrada a los inmigrantes más restrictivas que combinaban a su vez con programas de retorno.

¹⁹ Hidalgo, Paloma (1994), *Los desplazamientos humanos en una perspectiva histórica. De las migraciones en la Edad Antigua a la emigración atlántica y post-bélica europea*. En Marrodán Serrano, D.; Prado Martínez, C. (Coords.), *Las migraciones: su repercusión en la sociedad y en la biología de las poblaciones humanas*. Madrid: Ed. Universidad Autónoma de Madrid.

²⁰ Merino Hernando, Asunción; González Martínez, Elda (2006), *Las migraciones internacionales*. Madrid: Dastin. Op. cit. p. 93-120. Las autoras realizan además un recorrido exhaustivo por las migraciones internacionales a lo largo del siglo XX, centrándose en los dos destinos con mayor volumen de población inmigrante: América y Europa.

Superada la recesión económica, a lo largo de la década de 1980 se produjo una importante transformación en los flujos migratorios. Los países de Europa del sur, principalmente Italia, España y Grecia, cambiaron el sentido de sus corrientes migratorias, pasando a ser destino de la inmigración extranjera. Aparte, los países de Europa del norte, que habían sido países de recepción en las décadas anteriores, trataron de estabilizar sus flujos migratorios imponiendo fuertes restricciones a la inmigración en sus diferentes modalidades: inmigración regular, inmigración irregular y asilo. Sin embargo, junto a estas políticas restrictivas, hubo también una ampliación de los derechos de los trabajadores migratorios. Así, en Suecia y Holanda se implementó el asociacionismo, se facilitó el aprendizaje y el mantenimiento de la lengua materna, se fomentó la igualdad de oportunidades en el mercado laboral y se permitió a los inmigrantes participar en las votaciones locales²¹.

Desde principios de los años 90, todos los países de la UE se han transformado en países receptores de inmigración, siendo la existencia de relaciones previas un criterio de gran importancia en la intensidad de sus flujos migratorios. Ejemplo de ello son los indo-paquistaníes que emigran a Inglaterra, los turcos que se dirigen a Alemania, los magrebíes que parten hacia Francia y España y los iberoamericanos que llegan también a este último país. Una constante de estos años ha sido el considerable incremento de la presión migratoria, fundamentalmente por el Este, con la caída del comunismo; y por el Sur de Europa, fundamentalmente desde África y desde Latinoamérica, por los vínculos de España y Portugal con sus antiguas colonias. La inmigración irregular ha crecido desmesuradamente en este decenio, en respuesta a lo cual los países europeos han articulado diversas medidas. Éstas son básicamente de dos tipos: la regularización de inmigrantes en situación irregular, atendiendo a criterios como el

²¹ *Ibidem.*

tiempo de residencia, el desempeño de un trabajo, etc.; y la deportación o privación de entrada en la misma frontera, que en muchos casos va acompañada de una sanción para los empleadores y las compañías de transporte. Junto a la inmigración irregular, los estados han prestado especial atención en la década de los 90 al incremento de las solicitudes de asilo, sobre todo en los primeros años de la década. Las condiciones para su concesión han sido fuertemente endurecidas para disuadir a potenciales inmigrantes económicos encubiertos bajo una solicitud de asilo. Las políticas de inmigración de los países europeos a lo largo de los 90 se han centrado fundamentalmente en las restricciones a la entrada, descuidando el objetivo de la integración de los inmigrantes y sus familias²².

En el inicio del S. XXI, se ha intentado avanzar en favorecedora de una política inmigratoria comunitaria y se ha experimentado una cierta apertura hacia la inmigración, aunque ésta se ha ido apagando con el agravamiento de los conflictos sociales el aumento de la xenofobia. La política inmigratoria francesa presentada en 2002 por el Alto Consejo de la Inmigración, se centraba en la reducción de las restricciones y en la lucha contra la discriminación. En Alemania, donde se puso en 2001 la Tarjeta Verde para 20.000 técnicos informáticos, la ley de 2003 marca dos caminos para obtener el permiso de trabajo: personal cualificado con capacidades necesarias en el país que tenga una oferta de trabajo y personal cualificado seleccionado mediante un sistema de puntos²³.

El modelo migratorio ha sufrido pues, cambios vertiginosos en las últimas décadas. Para Panadero Moya²⁴, las características del

²² Merino Hernando, Asunción; González Martínez, Elda (2006), Op. cit. p.116.

²³ Merino Hernando, Asunción; González Martínez, Elda (2006), Op. cit. p. 93-120.

²⁴ Panadero Moya, Miguel (1997), *Las nuevas realidades de las migraciones extranjeras en la Europa comunitaria*. En Panadero Moya, Miguel; García Martínez, Carmen, *Migraciones extranjeras en la Unión Europea*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha. Op. cit. p. 25-26.

modelo migratorio actual en la Unión Europea son: 1.) *El escaso volumen de sus manifestaciones*; 2.) *La tendencia a la consolidación de la población extranjera residente en su territorio* y 3.) *La promulgación de estrictas regulaciones nacionales que sujetan a los inmigrantes procedentes de terceros países carentes de la ciudadanía de la Unión Europea.*

A lo largo de este periodo han surgido nuevas pautas migratorias: se ha acrecentado muy significativamente el volumen de las corrientes migratorias; se han ensanchado las redes migratorias; han aparecido nuevos países de emisión y recepción de inmigrantes; y se han diversificado los tipos y las formas de los movimientos migratorios. Todos estos cambios han conferido a las migraciones una entidad y una importancia social nunca antes vistas. Cristina Blanco²⁵ sostiene que este carácter global identitario de las migraciones internacionales actuales se percibe principalmente en tres dimensiones: el incremento del volumen de migrantes, la ampliación de las redes migratorias y la diversificación de los tipos migratorios.

El aumento del volumen de migrantes es patente en las últimas décadas. Según la ONU, en 1965 había 76 millones de personas residiendo fuera de su país de nacimiento, en 1995 eran ya 125 millones. No sólo los países más desarrollados son los receptores de este aumento, factores como el establecimiento de redes migratorias entre los lugares en vías de desarrollo o las férreas restricciones a la inmigración puestas en práctica por los países más poderosos explican que países menos desarrollados reciban un fuerte volumen de inmigración.

La ampliación de las redes migratorias, acontecida durante los años 80 y 90, ha ayudado en gran medida a consolidar un complejo tejido de flujos migratorios internacionales. En esencia, las redes

²⁵ Blanco, Cristina (2000), *Las migraciones contemporáneas*. Madrid: Alianza Editorial. Op. cit. p. 34-56.

desde el sur hacia el norte y las transoceánicas son las más significativas, seguidas de las redes del interior de Asia y las del interior de África. Tras la caída del muro de Berlín, cobran gran importancia las migraciones de este a oeste, siendo Alemania, Suiza y Dinamarca los principales receptores de inmigración procedente de la antigua Yugoslavia y la antigua Unión Soviética.

2. Diversificación de los tipos migratorios en la actualidad

La diversificación de los tipos migratorios ha sido enorme en las últimas décadas. Han aumentado muchísimo los tipos y las formas de migración. Aunque las migraciones más comunes son las de causa económica, también hay otros tipos de migraciones que o antes no existían o tenían una dimensión mucho menor a la que poseen en la actualidad.

Los refugiados y desplazados son un ejemplo de ello. Aunque, como antes se ha señalado, este tipo de migraciones forzosas tienen un largo recorrido histórico con raíces en la Antigüedad, en las últimas décadas esta problemática ha ido afectado a un volumen cada vez mayor de países y de personas, extendiéndose además a un nivel planetario. Según ACNUR, en 1960 había 1,4 millones de refugiados en el mundo, en 1995 la cifra ascendía a 27 millones y a finales de 2009 eran ya 36,4 millones²⁶. Sin embargo, como indica Klaus J. Bade²⁷, dentro del contexto nacional, europeo e internacional, las políticas de inmigración optan mayoritariamente por medidas res-

²⁶ Más en concreto, la cifra a finales de 2009, según ACNUR, es de 36.460.306 personas: 10.396.540 refugiados, 983.420 solicitantes de asilo, 15.628.057 desplazados internos, 2.481.018 retornados, 6.559.573 apátridas y 411.678 en peligro objeto de interés por parte de la organización. En: Agencia de la ONU para los Refugiados – La historia de los refugiados en estadísticas. ACNUR, 2009. Recurso electrónico: <http://www.acnur.org/t3/recursos/estadisticas>

²⁷ Bade, Klaus J. (2005), *Europa y los movimientos migratorios de finales del S. XX*. En Fernández-Rufete, J.; García Jiménez, M. (Eds.), *Movimientos migratorios contemporáneos*. Murcia: Ed. Universidad Católica San Antonio.

trictivas contra la inmigración de refugiados y solicitantes de asilo antes que por medidas que luchen contra las causas de la huida en los países de procedencia.

La problemática de los refugiados y solicitantes de asilo representa un punto límite donde la universalidad de los Derechos Humanos es puesta a prueba. Dado que es la comunidad política la que garantiza a los individuos sus derechos básicos, lo que está en juego en el caso del refugiado es el propio derecho a tener derechos²⁸.

Conclusiones

Las actuales políticas restrictivas de inmigración han favorecido directa o indirectamente la aparición de otros tipos migratorios. Los países desarrollados de Occidente han ido reforzando sus fronteras exteriores, sin embargo, esto no es por sí mismo una solución pues, como subraya Cristina Blanco: *Puesto que las causas más sangrantes de las migraciones permanecen invariables, los intentos de cruzar fronteras también permanecen invariables*. Por otra parte, el reconocimiento de la reunificación familiar como factor fundamental para la correcta integración del inmigrante ha generado un tipo de movimiento migratorio de enormes dimensiones.

Uno de los grandes problemas de la inmigración en la actualidad, con especial incidencia en Europa, es la inmigración ilegal. Existen diversos tipos dentro de esta forma de inmigración y diversas formas de expansión del sector irregular, principalmente en el área de la construcción, la limpieza, los trabajos de temporada y otros empleos complementarios o de sustitución. El empleo irregular siempre lleva

²⁸ De Lucas, Javier (1996), Puertas que se cierran. Europa como fortaleza. Barcelona: Ed. Icaria.

implícitos dos componentes²⁹: el empleado en situación irregular y el empleador, que actúa de manera ilegal.

Otros tipos de migraciones que han crecido en las últimas décadas son las resultantes de la globalización mundial de la economía o del aumento del nivel de vida de determinados países. Un ejemplo de ello es la llamada “fuga de cerebros” o migración cualificada, que aún no ha sido lo suficientemente estudiado a pesar de su dimensión cada vez más creciente. Estas migraciones, vinculadas a los niveles más altos de la estructura sociolaboral, han crecido con mucha fuerza a partir de los años 90 y apenas sufren limitaciones por parte de los controles migratorios. Por otra parte, está tomando un cierto volumen la inmigración de la tercera edad. Cada vez son más las personas provenientes de países desarrollados en situación de jubilación o inactividad que aprovechan para pasar largas temporadas en otros países con mejor clima o calidad de vida.

El fenómeno migratorio actual está extendido a nivel planetario, posee un grandísimo volumen y tiene una tipología diversa. El grado de complejidad que ha adquirido nunca antes en la historia se había visto.

Bibliografía

- Agencia de la ONU para los Refugiados (2009): *La historia de los refugiados en estadísticas*. ACNUR. Recurso electrónico <http://www.acnur.org/t3/recursos/estadisticas>
- Bade, Klaus, J (2003), *Europa en movimiento: las migraciones desde finales del siglo XVIII hasta nuestros días*. Barcelona: Crítica.
- ____ (2005), Europa y los movimientos migratorios de finales del S. XX. En Fernández-Rufete, J.; García Jiménez, M. (Eds.), *Movimientos migratorios contemporáneos*. Murcia: Ed. Universidad Católica San Antonio.

²⁹ Bade, Klaus J. (2005), *Europa y los movimientos migratorios de finales del S. XX*. En Fernández-Rufete, J.; García Jiménez, M. (Eds.): *Movimientos migratorios contemporáneos*. Murcia: Ed. Universidad Católica San Antonio. Op. cit.

- Balderas, G. (2008), *Cristianismo, sociedad y cultura en la Edad Media: una visión contextual*. México D.F.: Universidad Iberoamericana.
- Bernat, J. S.; Gimeno, C. (Eds.) (2006): *Migración e interculturalidad: de lo global a lo local*. Castelló de la Plana: Universitat Jaume I.
- Blanco, Cristina (2000), *Las migraciones contemporáneas*. Madrid: Alianza Editorial.
- Carballo Barral, Borja (2008), “Redes familiares en la inmigración hacia el Ensanche Este de Madrid (1860-1878)”. En revista electrónica: *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*. Coloquios.
- Chaliand, G. (1994), *Atlas historique des migrations*. Paris: Éditions du Seuil.
- Claramunt, S.; Portela, E.; González, M.; Mitre, E. (1997), *Historia de la Edad Media*. Barcelona: Ariel.
- De Lucas, Javier (1996), *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*. Barcelona: Ed. Icaria.
- Dollot, Louis (1971), *Las migraciones humanas*. Barcelona: Oikos-Tau.
- Fernández-Rufete, José; García Jiménez, Modesto (Eds.) (2005); *Movimientos migratorios contemporáneos*. Murcia: Universidad Católica San Antonio.
- Gaigné, C. (2004), *Aging nations and the future of cities*. London: Centre for Economic Policy Research.
- García Fitz, F. (2003), *Edad Media: guerra e ideología: justificaciones jurídicas y religiosas*. Madrid: Sílex.
- Herrera Carassou, R. (2006), *La perspectiva teórica en el estudio de las migraciones*. Méjico D.F.: Siglo Veintiuno.
- Hidalgo, Paloma (1994), *Los desplazamientos humanos en una perspectiva histórica. De las migraciones en la Edad Antigua a la emigración atlántica y post-bélica europea*. En Marrodán Serrano, D.; Prado Martínez, C. (Coords.), *Las migraciones: su repercusión en la sociedad y en la biología de las poblaciones humanas*. Madrid: Ed. Universidad Autónoma de Madrid.
- Hooper, N.; Bennett, M. (2001), *Atlas ilustrado la guerra en la Edad Media*. Madrid: Akal. <http://nuevomundo.revues.org/30993>
- Ibarrola-Armentariz, A.; H. Firth, C. (Eds.) (2007), *Migraciones en un contexto global: transiciones y transformaciones como resultado de la masiva movilidad humana*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Lewis, G. (1982), *Human migration: a geographical perspective*. London: Croom Helm.
- Little, L.; Rosenwein, B. (2003), *La Edad Media a debate*. Madrid: Akal.
- Malgesini, Graciela (1998), *Cruzando fronteras. Las migraciones en el sistema mundial*. Barcelona: Icaria: Fundación Hogar del Empleado.
- Marrodán, Dolores; Prado, Consuelo (Coords.) (1994), *Las migraciones: su repercusión en la sociedad y en la biología de las poblaciones humanas*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.
- Merino Hernando, Asunción; González Martínez, Elda (2006), *Las migraciones internacionales*. Madrid: Dastin.
- Mitre, E. (2004), *Introducción a la historia de la Edad Media europea*. Madrid: Istmo.

- Montes del Castillo, Ángel; Martínez Martínez, M.^a José (Eds.) (2008), *Migraciones, cultura y desarrollo*. Murcia: Universidad de Murcia.
- Panadero Moya, Miguel; García Martínez, Carmen (Coords.) (1997), *Migraciones extranjeras en la Unión Europea*. Cuenca: Ed. Universidad de Castilla la Mancha.
- Rodríguez, G. (2008), "Migraciones e Inmigraciones en las religiones: la diversidad religiosa en el Medioevo". En: *Historia*. São Paulo, Vol. 27, N.º 2.

(Página deixada propositadamente em branco)

**LA REGULACIÓN ESPAÑOLA DE LA ASISTENCIA SANITARIA
AL INMIGRANTE EN SITUACIÓN IRREGULAR COMO DESAFÍO
A LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS**

**SPANISH REGULATION ON HEALTH CARE FOR UNDOCUMENTED
MIGRANTS AS A CHALLENGE TO THE UNIVERSALITY
OF HUMAN RIGHTS**

Laura Miraut Martín

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

<https://orcid.org/0000-0002-1048-6468>

Resumen: En su aplicación al derecho a la protección de la salud el principio de universalidad de los derechos ha de interpretarse en términos de accesibilidad a las prestaciones del sistema. Ello suscita la exigencia de hacer pivotar el sistema en gran medida sobre la capacidad económica de cada uno, prohibiendo en cualquier caso la exclusión de los más necesitados. En este punto la reincorporación de los inmigrantes en situación administrativa irregular como titulares del derecho a la asistencia sanitaria gratuita que promueve el Real Decreto – ley 7/2018, de 27 de julio, merece un juicio favorable. Con todo, la solución arbitrada por el Tribunal Constitucional en su valoración de la normativa anterior deja abierta la puerta a una involución legislativa que no tomara en cuenta

el genuino sentido de la universalidad en términos de accesibilidad a las referidas prestaciones.

Palabras Clave: Asistencia sanitaria; Derechos, Inmigración, Universalidad.

Abstract: In its application to the right to health protection, the principle of universality of rights must be interpreted in terms of accessibility to the system's benefits. This raises the need to base the system largely on the economic capacity of each individual, prohibiting, in any case, the exclusion of the neediest. On this point, the reinstatement of immigrants in an irregular administrative situation as holders of the right to free health care, promoted by Royal Decree-Law 7/2018 of 27 July, deserves a favorable judgment. However, the solution arbitrated by the Constitutional Court in its assessment of the previous legislation leaves the door open to a legislative involution that does not take into account the genuine sense of universality in terms of accessibility to the aforementioned benefits.

Keywords: Health care; Rights, Immigration, Universality.

1. El planteamiento de la cuestión

El Real Decreto – ley 7/2018, de 27 de julio, sobre acceso universal al Sistema Nacional de Salud ha devuelto a los inmigrantes que no disponen de residencia legal en el territorio español la condición de igualdad formal con los españoles en el acceso a las prestaciones sanitarias que les fue sustraído con la entrada en vigor del Real Decreto – ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Hasta el año 2012 funcionaba el sistema instaurado por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de

enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que no requería otro requisito que el empadronamiento en el municipio de su domicilio para tener los extranjeros derecho a la asistencia sanitaria “en las mismas condiciones que los españoles”¹.

El Real Decreto – ley 16/2012, de 20 de abril, únicamente reconoció el derecho a la asistencia sanitaria gratuita con cargo a fondos públicos a los extranjeros en situación de irregularidad administrativa en España que fueran menores de dieciocho años o cuando se tratara de una asistencia sanitaria en las modalidades a) De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica, b) De asistencia al embarazo, parto y postparto. Nos encontrábamos así ante una situación de discriminación por razón de situación administrativa que ponía en cuestión el carácter universal del derecho a la protección de la salud al ser la asistencia sanitaria un instrumento fundamental para su realización. La justificación económica que se quiso dar a la reforma como exigencia imprescindible para asegurar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud no acalló las voces críticas que entendían que la discriminación establecida por el Real Decreto – ley 16/2012, resultaba éticamente inadmisibles y contraria al sistema de derechos y valores que proclama la Constitución. El rechazo frontal a la reforma desde el planteamiento universalista de la atención sanitaria, y con ello del derecho a la protección de la salud, no se detuvo quizá suficiente-

¹ La redacción originaria del artículo 12.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, que disponía “los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles” experimentó una modificación de matiz en su redacción con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que substituyó la expresión “residan habitualmente” por “tengan su domicilio habitual”. Es en todo caso una modificación puramente formal, intrascendente desde el punto de vista de la titularidad efectiva del derecho en cuestión.

mente en las dificultades técnicas inherentes a la puesta en práctica de la discriminación generada² reclamando a la par la derogación normativa de la referida discriminación en el acceso a las prestaciones sanitarias y el urgente pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la misma³.

El argumentario frente a la reforma instaurada por el Real Decreto – ley 16/2012, ha insistido también en la idea de los “déficits relacionados con la racionalidad teleológica” al entender que la puesta en marcha de la reforma resultaba, por su propia condición, incapaz de conseguir los objetivos que la motivaron⁴. Es cierto que la discriminación que sufren los inmigrantes que se encuentran en España en situación irregular y la puerta abierta que se deja a la asistencia sanitaria gratuita de urgencia cualquiera que sea la situación administrativa del inmigrante era previsible que condujera a una saturación de los servicios de urgencias en perjuicio del normal funcionamiento del Servicio Nacional de Salud. Igualmente previsible es el riesgo que para la salud pública conlleva la no atención irrestricta a cualquier miembro de hecho de la comunidad que requiriese la asistencia sani-

² Hemos insistido en ellas en nuestro trabajo “La devaluación del principio de universalidad del derecho a la salud en la perspectiva de la regulación española de la atención sanitaria al inmigrante”, en Morán, Narciso Martínez; Cano, Ana María Marcos del; Estéfani, Rafael Junquera de (Coord.), *Derechos Humanos: Problemas actuales. Estudios en Homenaje al Profesor Benito de Castro Cid*, Volumen II, Madrid: Universitas, 2013, p. 1017-1036, resaltando las dificultades de determinar la mayoría de edad de un inmigrante indocumentado sin afectar a sus derechos fundamentales, la posibilidad de una interpretación extensiva de los conceptos de urgencia y gravedad que pudiera además derivar en el reconocimiento de la asistencia sanitaria cualquiera que hubiera sido el momento y lugar en que se produzca la enfermedad o el accidente que justifican su prestación y el carácter inevitablemente abierto del concepto de postparto que reclama la interpretación que en mayor medida favorezca los intereses del recién nacido.

³ En realidad los recursos ante el Tribunal Constitucional no se han limitado al planteamiento estricto de la discriminación por razón de situación administrativa, argumentando igualmente la supuesta ilegitimidad de la regulación de la materia a través de la figura del Decreto – ley, o de la vinculación del derecho a la asistencia sanitaria con el concepto de asegurado, o razones de índole competencial.

⁴ SÁNCHEZ-SECO, Fernando Centenera, “La crisis y el derecho a la salud: un diagnóstico de tensiones y soluciones”, en *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, Vol. 19, núm. 1, 2016, p. 162.

taria. Son razones de peso que curiosamente atienden a los intereses de los miembros originarios de la sociedad de acogida sin tomar en consideración el dato cierto de que los más directamente afectados son los inmigrantes en situación administrativa irregular. A nadie se le puede escapar que es mucho más grave verse privado de la asistencia sanitaria gratuita que sufrir ciertos desórdenes o desarreglos en el funcionamiento del Sistema Nacional de Salud.

Nada hay de extraño en ello porque por lo general las políticas públicas de la inmigración acostumbran a perseguir prioritariamente los intereses de los miembros originarios de la sociedad de acogida manteniendo una actitud puramente asistencial en los aspectos en mayor medida subsistenciales de los inmigrantes⁵. Lo curioso es que en el caso que nos ocupa no hayan sido atendidos esos déficits relacionados con la racionalidad teleológica de la norma. Seguramente porque una vez constatado que no se tomaron en consideración en el momento de su aprobación asumirlos a posteriori como razón para proceder a una reforma de la norma podría provocar la imagen de que había razones éticas suficientes para proceder a la misma, razones vinculadas con la ilegitimidad que conlleva el atentado al principio de universalidad del derecho a la salud.

Lo cierto es que la desatención a esos planteamientos prioritariamente vinculados a la lógica interna de la norma ha dejado el campo expedito al planteamiento estrictamente jurídico de la discriminación referida, que en los últimos tiempos ha obtenido la correspondiente respuesta tanto por parte del poder legislativo, a instancia del Gobierno que de nuevo recurrió a la forma jurídica del Decreto – ley para llevar a cabo la reforma, como por parte del Tribunal Constitucional. El hecho de que la reforma normativa haya

⁵ MARTÍN, Laura Miraut, “Los objetivos de las políticas de inmigración”, en Martín, Laura Miraut (Editora), *Justicia, Migración y Derecho*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 333-352.

resultado posterior en el tiempo a la posición adoptada por el Tribunal Constitucional ha privado a esta última de efectividad real en el momento actual. Pero ello no impide la relevancia que tiene como doctrina del Tribunal relativa al juicio de legitimidad acerca de la discriminación por razón de situación administrativa en el acceso a la asistencia sanitaria.

Es por ello necesario referir por separado el sentido de la reforma normativa promovida por el Real Decreto – ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud y la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional. Sobre todo porque la eventual satisfacción que puede provocar el Real Decreto – ley 7/2018, no impide que en el futuro pudiera producirse una involución legislativa sobre el tema, que necesariamente habría de valorarse a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto.

2. La solución legislativa

La regulación actual del acceso al Sistema Nacional de Salud supone un avance evidente con respecto a la situación anterior en lo que concierne a la asunción de las exigencias que impone el principio de universalidad del derecho a la protección de la salud. De hecho, el Real Decreto – ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, se presenta como la respuesta precisa a las medidas adoptadas por el Real Decreto – ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Así la Exposición de Motivos del nuevo Real Decreto – ley después de calificar al acceso al Sistema Nacional de Salud en condiciones de equidad y universalidad como “un derecho primordial de toda persona” advierte que “la garantía de este derecho y la protección efectiva de la salud de la ciudadanía cobra aun mayor impor-

tancia cuando quienes se ven privados de una asistencia normalizada son colectivos de una especial vulnerabilidad, amenazados por la exclusión social, como es el caso de la población extranjera no registrada ni autorizada a residir en España”, y subraya que la entrada en vigor del Real Decreto – ley 16/2012, “supuso de facto una vulneración de este derecho”.

Coherentemente con esa consideración el número 3 del Real Decreto – ley modifica el artículo 3 ter. 1 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud en los siguientes términos: “Las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española”. Se recupera así el sentido real del principio de universalidad de los derechos en relación al derecho a la protección de la salud. La crítica a la regulación española podría venir del trato desigual que resultaría del hecho de la necesidad de acreditar la residencia el extranjero en situación regular en tanto que el extranjero en situación irregular, dispone directamente del “título jurídico” para acceder a la asistencia sanitaria con la única condición de la emisión preceptiva de un informe previo favorable de los servicios sociales competentes en las Comunidades Autónomas para los supuestos de los extranjeros que se encuentren en España en régimen de estancia temporal⁶. Es una crítica poco justificada en mi opinión porque la extensión de la titularidad de un derecho a un ámbito superior de aquéllos a quienes se les reconoce tradicionalmente siempre supone la coincidencia en la titularidad del mismo de individuos con condiciones y situaciones administrativas diferentes. Lo importante es que se pasa a un sistema en el que el título habilitante para

⁶ GOMEZ ZAMORA, Leopoldo J., “Comentario al Real Decreto – ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud”, en *Gabilex*, núm. 15, septiembre 2018, p. 321-322.

la titularidad del derecho no es la condición de asegurado sino la mera situación de residente de hecho en el país⁷.

Mayor importancia tiene el tema de que se pudiera cargar al sistema sanitario con lo que la propia Exposición de Motivos del Real Decreto – ley 7/2018, denomina un “uso inapropiado” del mismo estableciéndose al respecto como requisitos para poder acceder a la asistencia sanitaria con cargo a los fondos públicos de las Administraciones competentes la inexistencia de la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía en virtud de lo dispuesto en el derecho de la Unión Europea, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable, la imposibilidad de exportar el derecho de cobertura sanitaria desde el país de origen o procedencia del individuo en cuestión y la inexistencia de un tercero obligado al pago. En ese mismo sentido se asume el carácter territorial de la asistencia sanitaria al advertir que el reconocimiento universal de la misma a quienes se encuentren en España “no genera un derecho a la cobertura de la asistencia sanitaria fuera del territorio español financiada con cargo a fondos públicos de las Administraciones competentes”. Estamos en definitiva ante una regulación equilibrada que trata de armonizar con la máxima prudencia las exigencias del principio de universalidad del derecho a la protección de la salud con las exigencias inherentes a la sostenibilidad financiera del Sistema Nacional de Salud.

⁷ PANIZO ROBLES, José Antonio, “El acceso a la asistencia sanitaria pública se configura como derecho universal al margen del sistema de la Seguridad Social (Comentario al Real Decreto – ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud)”, www.normacef.es/noticia.aspx?id=19797&ibd=4, p. 1, ha indicado que con la nueva normativa el derecho a la asistencia sanitaria sale del ámbito de la Seguridad Social “para configurarse como un derecho de ciudadanía”. La afirmación vale únicamente si tomamos el concepto de ciudadanía en su concepto más amplio como un concepto vinculado a la propia condición de individuo que desarrolla su existencia en un determinado Estado, más allá de la presencia o no de determinados requisitos formales habilitantes de la participación del individuo en la toma de decisiones colectivas que conciernen a los intereses de la propia comunidad.

Llama en este punto la atención por lo que representa de “reconocimiento implícito a la no universalidad del sistema” el hecho de que se mantenga la vigencia de los convenios especiales de prestación de asistencia sanitaria suscritos⁸ como forma de acceder al servicio público sanitario a través del pago de una cuota mensual quienes no dispusieran de cobertura sanitaria legalmente reconocida. Este instrumento de acceso a la asistencia sanitaria tenía pleno sentido en un sistema que restringe la titularidad del derecho en cuestión, pero resulta un tanto fuera de lugar en un sistema de reconocimiento universal de la titularidad como el que promueve la nueva normativa.

Resulta igualmente sorprendente la insistencia de la Exposición de Motivos a la hora de justificar la existencia de la necesidad urgente e inmediata que habilita la utilización de la figura del Decreto – ley para regular la cuestión, en destacar el riesgo potencial que para la salud pública tiene la no asistencia a colectivos que fijan su residencia en España olvidando el dato cierto de que esos mismos colectivos se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad. Y es que esa situación de especial vulnerabilidad que la propia Exposición de Motivos reconoce como dato que proporciona la mayor importancia a la garantía del ejercicio del derecho a la asistencia sanitaria a los colectivos en riesgo de exclusión social es igualmente expresiva de la necesidad urgente e inmediata de proceder a la adecuada regulación. Parece a simple vista que la Exposición de Motivos reconoce unas condiciones diferentes para constatar la mayor importancia de la garantía del ejercicio del derecho por parte de los hasta entonces excluidos o para constatar la apremiante necesidad de dictar la normativa que dispone el reconocimiento universal del derecho referido, lo cual no tiene desde luego sentido. Cierto es que resulta afectada por la exclusión tanto la salud individual como la colectiva. Pero la necesidad urgente o inmediata de proceder a la reforma de la regu-

⁸ GOMEZ ZAMORA, Leopoldo J., Op. cit., p. 327.

lación legal no lo es tanto por la mera afectación de la salud individual sino, sobre todo, por el dato cierto de que los individuos que en este punto ven afectada su salud se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad.

Cabría en este sentido destacar que incluso una regulación respetuosa con el principio de universalidad del derecho a la protección de la salud mantiene aún ciertos residuos de la concepción que toma como punto de referencia de las políticas públicas de inmigración a la preservación prioritaria de los intereses de los miembros originarios de la sociedad de acogida. Ello representa un simple desliz en una regulación que viene a suponer un vuelco absoluto en el espíritu y en la letra de la regulación de la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria. Pero es en cualquier caso tener presente que tampoco el reconocimiento legal del derecho a la asistencia sanitaria a las personas que se encuentran en una situación administrativa irregular se va a bastar por sí mismo para garantizar la igualdad de acceso de este colectivo y de miembros originarios de la sociedad de acogida. La propia condición de ciudadano irregular o no ciudadano, esto es, de persona a quien no se reconoce el derecho a participar en las elecciones a representantes de la comunidad va a sumir al inmigrante en situación irregular en una situación mental de inferioridad, de no reconocimiento por parte de los demás que redundará probablemente en una autorestricción a la hora de ejercer cualquier derecho, aun los derechos cuya titularidad formal se les reconoce⁹. Estaríamos en definitiva ante una situación de “exclusión estructural” que reclama también por parte de los poderes públicos una acción dirigida a garantizar a quienes integran ese colectivo especialmente vulnerable unas condiciones ambientales que provoquen el ejercicio efectivo por

⁹ ARA PINILLA, Ignacio, “Los cauces de la exclusión en la articulación jurídica de la asistencia sanitaria”, en Ana María Marcos del Cano (Directora), *El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral*, Madrid: Dykinson, 2017, p. 109-110.

su parte del derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los miembros originarios de la sociedad de acogida. Es ésta una exigencia que, evidentemente, no puede satisfacer una disposición legal empeñada en revertir la situación de discriminación formal que provocó la entrada en vigor del Real Decreto – ley 16/2012.

3. La perversión del sentido de la universalidad del derecho a la protección de la salud en la doctrina jurisprudencial

El mayor riesgo para la vigencia futura del principio de universalidad de los derechos en relación con el derecho a la protección de la salud en España no radica tanto en una interpretación eventualmente desviada o restrictiva de la normativa actualmente en vigor como en la puerta abierta que deja la doctrina del Tribunal Constitucional a que pueda producirse una involución legal que resultara, como consecuencia de esa misma doctrina del Tribunal Constitucional de antemano inmune al control de su conformidad con los principios y valores que encarna la Constitución. En este punto ha producido un efecto entendemos que pernicioso para la propia interpretación de las exigencias que impone el artículo 43 del texto constitucional la vigencia, siquiera sea por el escaso período de seis años, del Real Decreto – ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

El rechazo que en su momento suscitó la discriminación de los inmigrantes en situación administrativa irregular en relación a la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria provocó una reacción en forma de recursos ante el Tribunal Constitucional que han sido resueltos en diversas sentencias emitidas en los años 2011 y 2017, resaltando la sentencia 139/2016, de 21 de julio que va a fijar la línea argumental a la que el propio Tribunal Constitucional se va a remitir

en sus sucesivas resoluciones. La doctrina del Tribunal Constitucional viene a avalar la conformidad a la Constitución de la discriminación formal que representa la exclusión del inmigrante en situación administrativa irregular del acceso a la asistencia sanitaria pública y gratuita. Esta posición nos parece abiertamente criticable.

El Tribunal Constitucional empieza por reconocer al derecho a la protección de la salud como un derecho de configuración legal que, como tal, deja en manos del legislador tanto su contenido prestacional como, implícitamente, la determinación de su titularidad: “La nueva regulación de la condición de asegurado del Sistema Nacional de Salud supone un cambio en la política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita y bonificada... el sólo hecho del cambio de criterio del legislador en nada afecta a la constitucionalidad de la medida, ya que la Constitución no ha prefigurado directamente un contenido prestacional que el legislador deba reconocer necesariamente a cualquier persona, sino que el art. 43.2 CE impone un mandato a los poderes públicos, y en particular al legislador, para establecer los derechos derivados del apartado 1 de ese mismo precepto ... se trata de un derecho de configuración legal y que, por tanto, permite al legislador redefinir los derechos y obligaciones de los titulares del mismo”.

Creemos que el argumento expresado conlleva un salto lógico inaceptable porque una cosa es el contenido prestacional del derecho a la asistencia sanitaria y otra cosa muy distinta es la exclusión de un determinado colectivo en el acceso al mismo. El reconocimiento de la discrecionalidad al legislador para fijar el contenido prestacional del derecho no implica accesoriamente que pueda también establecer criterios no suficientemente razonados para la exclusión de ningún tipo de colectivo. La situación de crisis económica que vivía España en 2012 perfectamente podía justificar un ajuste legal del contenido prestacional del derecho pero no una exclusión irracional de su titularidad. Una interpretación adecuada del principio de uni-

versalidad de los derechos en su referencia al derecho a la protección de la salud y de la exigencia de no discriminación debería excluir la posibilidad de que las exigencias derivadas de cualquier situación económica la pagaran en exclusiva los miembros de un determinado colectivo a quienes no se negaba hasta entonces la titularidad del derecho en cuestión. Y ello porque las mismas razones que habían avalado el reconocimiento de la titularidad del derecho por su parte seguían vigentes en cualquier caso. La ponderación del contenido prestacional del derecho puede conducir a una reducción de las prestaciones, pero debería ser una reducción que afectara en principio de manera semejante a los distintos titulares evitando así el fácil expediente que supone mantener en sus términos el contenido prestacional del que disfruta la mayoría condenando a una minoría, que por lo demás se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad, a la exclusión formal. Y ello al margen del dato que supone la especial vinculación existente también entre la asistencia sanitaria y la realización del derecho a la vida que bien pudiera cuestionar el margen de apreciación que concede el Tribunal Constitucional al legislador¹⁰.

Lo curioso es que el propio Tribunal Constitucional se empeñó en mantener la idea del acceso universal al derecho a la asistencia sanitaria haciéndola compatible con la misma idea de exclusión. En ese sentido señala que “es posible en términos constitucionales la falta de identidad entre el derecho al acceso universal al sistema de salud pública de ese “todos” del art. 43 CE, con que ese acceso a la sanidad pública incluya beneficiarse de un concreto régimen de prestaciones gratuitas o bonificadas con cargo a fondos públicos”. Se trataría en definitiva de sostener una concepción puramente formal de la universalidad como posibilidad formal de acceder a unas pres-

¹⁰ *Ibidem*, p. 113.

taciones que a unos les podría suponer un determinado coste no extensible a los demás.

Supondría ello entender sin ir más lejos que el instrumento de los convenios especiales de prestación de asistencia sanitaria que se ponía a disposición de quienes no tuvieran derecho a la asistencia sanitaria gratuita con base a fondos públicos se bastaba por sí solo para preservar las exigencias que impone esa peculiar interpretación del principio de universalidad de los derechos en relación con el derecho a la protección de la salud.

El Tribunal Constitucional apunta claramente en esa dirección cuando resalta la ausencia de coincidencia entre las nociones de universalidad y gratuidad en el acceso al derecho en cuestión: “La universalidad, en lo que significa como derecho de acceso y la correlativa obligación de los servicios sanitarios del Sistema Nacional de Salud de atender a los usuarios que reclaman atención sanitaria, no puede, en suma, confundirse con un derecho a la gratuidad en las prestaciones y los servicios sanitarios. Esta consecuencia no se deriva de manera inmediata de la Constitución Española, sino que ha de ser, en su caso, apreciada por el legislador atendiendo a las circunstancias concurrentes”.

No hay nada que objetar en principio a una determinación de las condiciones y términos en que se accede a la asistencia sanitaria que pudiera excluir la idea de gratuidad, entre otras cosas porque probablemente no todos los ciudadanos se encuentren en una situación de necesidad pudiendo abonar una determinada cuota económica por recibir la prestación del servicio. Tampoco habría nada que objetar a la afirmación de que corresponde al legislador determinar esos términos y condiciones. Pero de ello no se puede deducir que el legislador disponga de una discrecionalidad absoluta al respecto. Todo lo contrario, deberá valorar las circunstancias concurrentes para en base a ellas disponer un sistema que garantice la vigencia del

principio de universalidad en el disfrute del derecho a la protección de la salud.

Al ser la asistencia sanitaria un instrumento esencial para la realización del derecho a la protección de la salud se deduce que la valoración de esas condiciones y términos en que se accede a la asistencia sanitaria, en ningún caso debiera conducir a una exclusión de ningún colectivo con respecto a la posibilidad real de acceder a la asistencia en la medida de lo posible en condiciones semejantes a las de los demás. Y en este sentido carecería de toda lógica que fuera precisamente el colectivo especialmente vulnerable que son los inmigrantes en situación administrativa irregular, que normalmente no disponen de medios económicos suficientes para atender por sí mismos sus necesidades sanitarias, los que se vean obligados a asumir un coste del que quedan dispensados los otros miembros de la comunidad.

Habría que atender en definitiva a unos parámetros que en principio deberían conducir a la solución contraria, esto es, a la bonificación de los colectivos vulnerables que encuentran dificultades extremas para sufragarse ellos mismos la asistencia sanitaria. El voto particular a la sentencia emitido por el magistrado Fernando Valdés Dal-Ré señala certeramente en este sentido que la condición de la gratuidad del acceso a la asistencia sanitaria “formará parte o no del derecho a la salud en virtud de una serie de parámetros que la Sentencia no parece tener en cuenta, y que tienen que ver con la disponibilidad de medios económicos de quienes quedan excluidos del sistema y no tienen ninguna alternativa de acceder a prestaciones sanitarias básicas vinculadas con la atención primaria”. Así planteado el tema se trataría de determinar “si la exclusión de un determinado colectivo puede basarse en un criterio como el origen nacional o la condición administrativa vinculada a la residencia legal, circunstancias éstas que ninguna conexión tienen con la capacidad económica que, al menos a priori, debería ser la condición determinante para

exigir o no el pago de determinados servicios”. Evidentemente la respuesta deberá ser negativa, precisamente porque es la capacidad económica el factor a tener en cuenta a la hora de poder establecer discriminaciones en el acceso a la asistencia sanitaria para permitir la realización igualitaria del derecho a la protección de la salud.

La consideración del principio de universalidad aplicable a la asistencia sanitaria no necesariamente reclama la exigencia de la gratuidad, pero sí en todo caso la de la asequibilidad entendida como “accesibilidad económica a los servicios de atención de la salud a fin de evitar la imposibilidad de acceder a los servicios a grupos o colectivos vulnerables, como lo es el de los extranjeros en situación de irregularidad administrativa”¹¹. Es en este sentido concreto en el que ha de entenderse vulnerado el principio de universalidad en relación con el derecho a la protección de la salud por parte del Decreto – ley 16/2012¹². El hecho de que el Tribunal Constitucional haya convalidado esa normativa amparándose en la consideración del derecho a la protección de la salud como un derecho de configuración legal sin especificar el elemento reglado de esa configuración que representa la interdicción de la arbitrariedad en el ajustamiento a las exigencias del principio de universalidad de los derechos predefine la ausencia de inconveniente constitucional de cualquier reforma legislativa de la regulación arbitrada por el Real Decreto – ley 7/2018.

Entendemos en este sentido inadecuada la solución del Tribunal Constitucional no tanto por los efectos inmediatos de su decisión, que son nulos al haberse ya derogado la norma que dio origen al control

¹¹ DELGADO DEL RINCON, Luís Esteban, “El derecho a la asistencia sanitaria del colectivo vulnerable de los extranjeros sin autorización de residencia tras la STC 139/2016, de 21 de julio: la confirmación de una limitación anunciada”, en Ana María Marcos del Cano (Directora), *El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral*, cit., p. 363-364.

¹² GOIZUETA VERTIZ, Juana – El acceso a la sanidad pública: transformaciones del modelo y límites constitucionales. In *Revista Vasca de la Administración Pública*, núm. 109 – II, septiembre-diciembre 2017, p. 192-193.

de constitucionalidad, sino por lo que tiene de legitimación de antemano de cualquier involución legislativa que pudiera darse en el futuro en un sentido semejante al que motivó la sentencia del Tribunal. Ese es el riesgo al que se enfrenta ahora el principio de universalidad en su aplicación al derecho a la protección de la salud. Un riesgo que no por quedar aplazado en el tiempo deja de resultar menos grave.

Bibliografía

- ARA PINILLA, Ignacio, “Los cauces de la exclusión en la articulación jurídica de la asistencia sanitaria”, en Ana María Marcos del Cano (Directora), *El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral*. Madrid: Dykinson, 2017, p. 79-115.
- CENTENERA SÁNCHEZ-SECO, Fernando, “La crisis y el derecho a la salud: un diagnóstico de tensiones y soluciones”, en *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, Vol. 19, núm. 1, 2016, p. 141-172.
- DELGADO DEL RINCON, Luís Esteban, “El derecho a la asistencia sanitaria del colectivo vulnerable de los extranjeros sin autorización de residencia tras la STC 139/2016, de 21 de julio: la confirmación de una limitación anunciada”, en Ana María Marcos del Cano (Directora), *El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral*. Madrid: Dykinson, 2017, p. 351-369.
- GOIZUETA VERTIZ, Juana, “El acceso a la sanidad pública: transformaciones del modelo y límites constitucionales”, en *Revista Vasca de la Administración Pública*, núm. 109 – II, septiembre-diciembre 2017, págs. 171-194.
- GOMEZ ZAMORA, Leopoldo J., “Comentario al Real Decreto – ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud”, en *Gabilex*, núm. 15, septiembre 2018, pág. 281-332.
- MIRAUT MARTÍN, Laura, “La devaluación del principio de universalidad del derecho a la salud en la perspectiva de la regulación española de la atención sanitaria al inmigrante”, en Narciso Martínez Morán, Ana María Marcos del Cano, Rafael Junquera de Estéfani (Coordinadores), *Derechos Humanos: Problemas actuales. Estudios en Homenaje al Profesor Benito de Castro Cid*, Volumen II, Universitas, Madrid, 2013, págs. 1017-1036.
- MIRAUT MARTÍN, Laura, “Los objetivos de las políticas de inmigración”, en Laura Miraut Martín (Editora), *Justicia, Migración y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 333-352.
- PANIZO ROBLES, José Antonio, “El acceso a la asistencia sanitaria pública se configura como derecho universal al margen del sistema de la Seguridad Social (Comentario al Real Decreto – ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud)”, en www.normacef.es/noticia.aspx?id=19797&ibd=4.

(Página deixada propositadamente em branco)

III - FUTURO DOS DIREITOS HUMANOS

(Página deixada propositadamente em branco)

A BIOÉTICA E O “NOVO” DIREITO HUMANO À SEGURANÇA BIOETHICS AND THE “NEW” HUMAN RIGHT TO SECURITY

João Proença Xavier

Universidade de Coimbra

<https://orcid.org/0000-0002-1026-2499>

Resumo: Em resposta ao crescente sentimento mundial de insegurança das últimas duas décadas, cresceu também o “direito humano à segurança” com a necessidade da sua protecção nacional e internacional e com ele cresceu a busca da tranquilidade, da paz e do “direito à segurança”, conceito lançado pela ONU em 1994 em desenvolvimento desde as primeiras décadas do Século XXI. As recomendações da ONU e o novo discurso dos Direitos Humanos exigem atualmente a necessidade de protecção deste “novo” Direito Humano, no respeito pelos direitos civis das pessoas, bem como dos direitos humanos de segunda e de terceira geração. Assim os Estados e a Comunidade Internacional, para além da protecção dos Direito à segurança física e patrimonial das pessoas devem atentar e assegurar a segurança meio-ambiental, assistencial, informática, médica e biomédica, biogenética e de investigação, ética e bioética protegendo o património genético da humanidade do genoma humano e esses direitos de todos com enfoque na protecção dos mais desfavorecidos.

Palavras-chave: Bioética; Segurança; Direitos Humanos.

Abstract: In response to the growing worldwide feeling of insecurity in the last 20 years, the “human right to security” has also grown, with the need for its national and international protection and with it the search for tranquillity, peace and the “right to security”, concept launched by the UN in 1994 and in development since the first decades of the 21st century. The UN recommendations and the “new” Human Rights paradigm, demands, today, the need for the protection of this “new” Human Right, in respect of the people’s civil rights, as well as second and third generation human rights. Thus, the States and the international community, in addition to protecting people’s physical and property security rights, should protect and ensure environmental, health care, IT, medical and biomedical, biogenetical and investigation, ethical and bioethical security, protecting the genetic inheritance of humanity, of the human genome and the rights of all, with a focus on protecting the most disadvantaged.

Keywords: Security; Human Rights; Bioethics.

Introdução

O informe do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento de 1989, indicava sobre o desenvolvimento humano titulado “Novas dimensões da segurança humana” integrando o conceito de “segurança humana” no sistema da ONU. Este escrito já destacava quatro características principais: universalidade, interdependência, centrada nas pessoas e garantida preferencialmente mediante a atenção: à segurança pessoal, à segurança comunitária e política, à segurança alimentar, à segurança económica, à segurança ambiental e à **segurança da Saúde...**

Por isso aqui vos deixo alguns dados da nossa investigação em Direitos Humanos Bioética e Biodireito na óptica do direito comparado com enfoque Europeu e com análise de dados e leis (até 2015), que podem ajudar à reflexão de que, em matéria de segurança da Saúde, as questões que se colocam no departamento da bioética são muitas, o que apresenta grandes desafios relativamente à proteção deste “novo Direito Humano”, aos Estados e à comunidade internacional, sabendo que os exemplos de legislação trazidos aqui, só se referem maioritariamente a normas de países europeus... e apenas aos problemas de bioética reprodutiva por mim estudados e a que dei afinal um enfoque Ibérico...

1. A bioética e o “novo” direito humano à segurança

Na sua “Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico – Civilísticas” na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Stela Marcos de Almeida Neves Barbas diz que a Lei Espanhola 35/88 de 22 de Novembro, com o seu espírito “eminente progressivo e liberal”, autoriza a intervenção/ manipulação/ investigação em pré – embriões e a sua posterior destruição até ao 14º dia depois da fecundação, porque considera que até esta data não há a existência de vida humana individualizada. Também na sua Tese, Neves Barbas considera que a Lei Espanhola 42/1998 de 28 de Dezembro põe determinadas restrições à escolha do sexo e à investigação com embriões.

Já a Lei Inglesa de 1990, dispõe de forma diferente, consagrando a autorização (sob determinadas condições) de eliminar embriões excedentários, “doá-los” a casais inférteis, ou no caso de relevância científica, usá-los em investigação, assim como autorizar experiências com embriões sobrantes produzidos para esse fim.

Na Alemanha, por seu lado, a Lei de 1990 proíbe a produção de Embriões excedentários, o anonimato dos doantes e a doação de

ovócitos. Na Suécia, a Lei 1140/84 de 20 de Dezembro, não permite o anonimato dos “doantes”, e na Lei 711/88 de 14 de Junho, impede a doação de gâmetas, também na Noruega, 3 anos mais tarde, a Lei 68/87 de 12 de Junho, proíbe o anonimato e a investigação, ao passo que a Suíça, após o Referendum de 1992, não autoriza a congelação de embriões e segundo a Resolução de 1988 não autoriza a inseminação heteróloga. Na França, a Lei 94-653 sobre o respeito do corpo humano e a Lei 94-654, ambas de 29 de Julho de 1994, “permitem” a doação e utilização de elementos e produtos de “*corps humain*” no âmbito da Procriação Medicamente Assistida e o Diagnóstico Pré-Natal (com os devidos consentimentos), mas proíbem a investigação com embriões.

Uma Autora Portuguesa, ao referir-se a Portugal no final do Século XX, indica “*Vazio Legislativo em Portugal*”.¹

Para Guilherme de Oliveira, Professor Jubilado de Direito da Família, antigo Presidente do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, citado por Neves Barros, afirma que é necessário legislar sobre estas matérias: “*Parece fora de uma causa que o direito aceite imediatamente e globalmente tudo o que a Ciência pode fazer mesmo considerando apenas o âmbito da reprodução humana assistida. Esta atitude significa admitir sem reбуço, a inseminação post mortem, a experimentação livre em embriões produzidos para este fim, a selecção de quaisquer características dos embriões e, mais tarde, a clonagem.*”²

¹ Cit. BARBAS, S. MARCOS NEVES, em “Direito ao Património Genético”, Coimbra: Almedina, 2006, p. 46.

² OLIVEIRA, GUILHERME DE, “Legislar sobre Procriação Assistida”, *Publicações de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 2, Coimbra, 1993, p. 88.

Esta legislação específica apoia-se num prévio reconhecimento Internacional dos Direitos Humanos³, tema já citado em vários instrumentos de carácter Universal que reconhecem a todas as pessoas direitos essenciais e de que são exemplo a Declaração Universal de Direitos Humanos e da Dignidade do Ser Humano proclamada pela Assembleia Geral da ONU em 1948, o Convénio para a Protecção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais de 1950, a Carta Social Europeia de 1961, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e o próprio Pacto da ONU de 1966. Em 1959 a Declaração Internacional dos Direitos das Crianças já referia a protecção das crianças antes do nascimento, o Conselho da Europa criou em 1983 o “Ad hoc Committee of Experts on Ethical and Legal Problems relating to Human Genetics” (CAHGE), em 1986 a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa na Recomendação 1046/86 contempla a problemática da utilização de embriões e fetos humanos para fins diagnósticos, terapêuticos, científicos, industriais e comerciais. Outros textos internacionais da UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, tiveram muita importância pela influência que exerceram, principalmente na legislação espanhola, conforme nos confirma a investigadora Hidalgo Ordás, bem como outros: a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Gerações Futuras de 26 de Fevereiro de 1994, o Comité Internacional de

³ Sobre esta questão, ver o convénio assinado em Oviedo, Astúrias, em 4 de abril de 1997, em francês e inglês, com texto/textos depositados nos arquivos do Conselho da Europa e assinado por vários países europeus, entre os quais Espanha e Portugal, que o assinaram em 04/04/ 1997: <http://www.boe.es/boe/dias/1999/10/20/pdfs/A36825-36830.pdf> (Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. (Consultado em 15/01/2015).

Bioética⁴, o Anteprojecto da Declaração Universal de 1996, sobre genoma Humano e Direitos Humanos e a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos de 1998.

2. O conselho da europa e a reprodução assistida

Segundo a cronologia apresentada pela Ilustre Advogada e Doutora em Direito e Biologia Hidalgo Ordás no seu livro⁵, existem múltiplos textos emitidos pelo Conselho da Europa sobre reprodução assistida, e que esta Catedrática de Biologia elege como mais importantes aqueles que passo a citar:

Recomendações e Resoluções:⁶

“Recomendação sobre Inseminação Artificial de 1979.”⁷

“Resolução n.º 4 376 de 1979: Declaração dos Direitos da Criança Nascida.”⁸

“Recomendação 934 (1982) relativa à engenharia genética.”⁹

⁴ Cujo objetivo, entre outros, é dinamizar a reflexão sobre as questões éticas e jurídicas levantadas pela investigação sobre as ciências da vida e o seu desenvolvimento, e contribuir para o aumento do intercâmbio de ideias e informações, nomeadamente através da educação pública nestes domínios. Ver: http://www.europarl.europa.eu/transl_es/plataforma/pagina/maletin/colecc/actual/genetica/comitebio.htm (Consultado em 15/01/2015).

⁵ Ver: HIDALGO ORDÁS, C. *“Análisis jurídico-científico del concebido artificialmente”*, Barcelona: Bosch, 2002, p. 205/ss.

⁶ Ver: ROMEO CASABONA, C. (ed.), *“Código de Leyes Sobre Genética.”* Bilbao: Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto, 1997.

⁷ Ver: A propósito, HIDALGO ORDÁS, C. *“Análisis jurídico-científico del concebido artificialmente”*... p. 207, cit.: *“En 1979 en París, el Consejo de Europa presenta el proyecto redactado ese año que recoge las recomendaciones sobre la inseminación artificial. En éstas se acepta la IAH (inseminación artificial homologa) y la IAD (inseminación artificial de donante), esta última siempre que el donante no sea conocido.”*

⁸ Resolução do Conselho de 6 de outubro de 1979.

⁹ Ver: ROMEO CASABONA, C. (ed.), *“Código de Leyes Sobre Genética”*, p. 520/ss.

*“Recomendação 16 (1984) relativa à notificação de trabalhos em que se utilize ADN recombinado.”*¹⁰

*“Recomendação 1.046 (1986) relativa à utilização de embriões e fetos humanos com fins diagnósticos, terapêuticos, científicos, industriais e comerciais.”*¹¹

*“Recomendação 1.100 (1989) sobre a utilização de Embriões e fetos na investigação científica.”*¹²

*“Recomendação 13 (1990) sobre perfil genético pré-natal, diagnóstico genético pré-natal e sobre conselho genético conexo.”*¹³

*“Recomendação 1 (1992) sobre a utilização da análise de ADN dentro do marco da administração de justiça penal.”*¹⁴

*“Recomendação 3 (1992) sobre provas genéticas e de perfil com fins sanitários.”*¹⁵

*“Recomendação 1.213 (1993) relativa ao desenvolvimento da Biotecnologia e das consequências para agricultura.”*¹⁶

*“Recomendação 1.240 (1994) relativa à protecção e patenteabilidade de produtos de origem humana.”*¹⁷

¹⁰ Ver: ROMEO CASABONA, C. (ed.), *“Código de Leyes Sobre Genética”*, p. 526/ss.

¹¹ Ver: ROMEO CASABONA, C. (ed.), *“Código de Leyes Sobre Genética”*, p. 530/ss.

¹² Ver: ROMEO CASABONA, C. (ed.), *“Código de Leyes Sobre Genética”*, p. 538/ss.

¹³ Ver: ROMEO CASABONA, C. (ed.), *“Código de Leyes Sobre Genética”*, p. 550/ss.

¹⁴ Ver: ROMEO CASABONA, C. (ed.), *“Código de Leyes Sobre Genética”*, p. 557/ss.

¹⁵ Ver: Sobre fins sanitários, a opinião de HIDALGO ORDÁS, C., *“Análisis jurídico-científico del Concebido artificialmente”*...cit.: *“...entendemos por atención sanitaria...: Diagnosticar y clasificar una enfermedad genética. Identificar portadores no afectados de un gen defectuoso para asesorarlos del riesgo de tener hijos afectados. Detectar una enfermedad genética grave antes de la manifestación clínica de los síntomas. Identificar personas con riesgo de contraer la enfermedad.”*

¹⁶ Ver: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2290/34.pdf> (Consultado en 09/01/2015).

¹⁷ Ver: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2290/35.pdf> (Consultado en 10/01/2015).

*“Recomendação 11 (1994) sobre o perfil como instrumento de medicina preventiva.”*¹⁸

Convénios:¹⁹

*“Convénio dos Direitos Humanos e da Biomedicina”*²⁰ de 19 de Novembro de 1996.

Este Convénio surge com a necessidade de conjugar os avanços da Biomedicina e o respeito pela Dignidade Humana. A necessidade de desenvolver a experimentação Biológica “em proveito da presente geração e das futuras” não deve esquecer-se dos perigos da realização de ações que ameacem a pessoa enquanto indivíduo mas também toda a espécie humana.²¹

Assim, na senda da Advogada Hidalgo Ordás destacamos como pontos mais relevantes deste Convénio, os que seguem:

1. “Primazia do ser humano.”
2. “O Consentimento como regra geral.”
3. “Protecção dos Incapazes.”
4. “Direito à Intimidade.”
5. “As intervenções no genoma humano serão com fins preventivos, diagnósticos ou terapêuticos e não podem modificar o genoma da descendência.”

¹⁸ Ver: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2290/36.pdf> (Consultado em 10/01/2015).

¹⁹ Na nossa opinião, dentro dos textos mais importantes emitidos pelo Conselho da Europa sobre Reprodução Assistida está, sem dúvida, o “Convénio dos Direitos Humanos e da Biomedicina”.

²⁰ Ver: ROMEO CASABONA, C. (ed.), *“Código de Leyes Sobre Genética”*, p. 501/ss.

²¹ Cit. HIDALGO ORDÁS, M. C., *“Análisis jurídico-científico del concebido artificialmente”*, Barcelona: Bosch, 2002, p. 206.

6. “Toda a investigação sobre Embriões *in vitro* deve assegurar uma proteção adequada do embrião.”

7. “O Corpo Humano e as suas partes não podem ser fonte de lucro.”

Hidalgo Ordás destaca também no seu livro na secção: “*Legislación Europea...a tener en cuenta en el estudio de la reproducción asistida*”, resoluções e diretivas do Parlamento Europeu relacionadas com a reprodução assistida, com interesse para o estudo desta problemática e que aqui venho destacar pela sua importância:

Resoluções:

“*Resolução do Parlamento Europeu de 16 de Março de 1989, sobre os problemas éticos e jurídicos da manipulação genética.*”²²

Esta resolução tem como pontos mais importantes:²³

Definir o estatuto jurídico do embrião, para poder garantir a sua proteção adequada. Esta Resolução proíbe categoricamente a terapia de linha germinal, penalizando a transferência de genes e células germinais humanas. Proibindo também qualquer investigação arbitrária manifestando a importância “necessária” da proteção do zigoto. Tendo em conta primordialmente que a intervenção sobre Embriões só se realize em benefício da criança, reclama a definição vinculante dos âmbitos de aplicação da investigação, de diagnóstico e de terapêuticas pré-natais, recomendando que o perfil ou análise de deteção de genes em recém-nascidos se leve a cabo em casos de doentes que são curáveis. Determina

²² Ver: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2290/3.pdf> (Consultado em 20/01/2015).

²³ Ver: HIDALGO ORDÁS, M. C., “*Análisis jurídico-científico del concebido artificialmente*”, Barcelona: Bosch, 2002, p.220/ss.

que deverá estabelecer-se a proibição penal da manutenção da vida por métodos artificiais e de Embriões humanos com fim de extrair tecidos ou órgãos. Indica como desejável a penalização da utilização de Embriões e fetos com fins comerciais e industriais, (na qual se incluiu a produção de embriões fecundados *in vitro* com estes fins). Esta resolução de 1989 do Parlamento Europeu propõe a criopreservação de Embriões humanos (para implantação na mulher) por tempo limitado, indicando que deve proibir-se o tráfico de embriões criopreservados. Também indica que toda a clonagem de seres humanos deve estar proibida, assim como todas as experiências com este fim. Indicando que devem proibir-se a criação de “*quimeras*” ou embriões híbridos, contendo cruzamento genético entre animais e vice-versa...

E a “*Resolução do Parlamento Europeu de 16 de Março de 1989, sobre a fecundação artificial in vitro.*” Que tem como pontos importantes:²⁴

Considerar que na fecundação *in vitro* se fecundam unicamente os óvulos que sejam necessários para a reprodução e só se recorre à congelação de Embriões quando por qualquer razão seja impossível a sua imediata implantação no útero. Mais indica que a criopreservação dos Embriões não deve exceder os 3 anos e descarta a possibilidade da sua destruição posterior, estipulando que deve sancionar-se o tráfico. Define que a técnica FIV deve ter indicação médica e o fim terapêutico de vencer a esterilidade. Esta Recomendação do PE considera não recomendada a fecundação artificial heteróloga, (*mas se algum Estado Membro a admite deve dar-lhe os seguintes requisitos*):

²⁴ Ver: HIDALGO ORDÁS, M. C. (idem), p.220/ss.

“Esterilidade insuperável ou diagnóstica de graves malformações. Consentimento dos casais e juízo de idoneidade sobre elas. Impossibilidade de exigir ao doante que preste alimentos. Que se realize em Centros autorizados.”²⁵

No final esta Recomendação opõe-se à maternidade de substituição, temática que abordámos na nossa mais recente obra: *“Gestación por Substitución (en Perspectiva Comparada): Análisis comparativo en contexto Iberoamericano PORTUGAL BRASIL y ESPAÑA”*, decorrente da investigação de Pós-Doutoramento por mim conduzida nos anos 2017/2018, e que se encontra neste momento publicada na Editorial Jurídica junto da Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca *Ratio Legis* e cuja publicação teve o apoio Institucional da FCT – Fundação para a Ciência e Tecnologia e do CEIS20 – Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX da Universidade de Coimbra.

Diretivas:

“Directiva do Conselho 90/219/CEE de 23 de Abril de 1990, relativa à utilização confirmada de microorganismos modificados geneticamente.”²⁶

“Directiva do Conselho 90/220/CEE de 23 de Abril de 1990, sobre a libertação intencional no meio ambiente de organismos modificados geneticamente.”²⁷

“Directiva da Comissão 94/15/CE de 15 de Abril de 1994, pela qual se adapta ao progresso técnico a Directiva 90/220/CEE, sobre

²⁵ Ver: HIDALGO ORDÁS, M. C. (idem), p.220/ss.

²⁶ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:l21157> (Consulta em 01/02/2015)

²⁷ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A31990L0220> Consultado em 02/02/2015)

a libertação intencional no meio ambiente de organismos modificados geneticamente.”²⁸

*“Directiva da Comissão 94/51/CE de 7 de Novembro de 1994, pela qual se adapta ao progresso técnico da Directiva 90/219/CEE de Conselho, relativa à utilização confinada de microrganismos modificados geneticamente.”*²⁹

Propostas de Diretivas:

Considerando que uma proteção eficaz e harmonizada no conjunto dos Estados é essencial para manter e promover o investimento no âmbito da biotecnologia, recomendamos que se leia o “informe” da Comissão de Assuntos Jurídicos e Direitos dos Cidadãos do Proponente Willi Rothley sobre a proposta de Diretiva do Conselho de 1995.³⁰

“Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Dezembro de 1995, relativa à protecção jurídica das invenções biotecnológicas.

3. Os direitos humanos e reprodução humana assistida no contexto europeu

Já o Professor de Direito Civil González Morán na *Colección Cátedra de Bioética de La Universidad Pontificia Comillas* aponta outros países com legislação específica sobre reprodução assistida:³¹

²⁸ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:31994L0015> (Consultado em 05/02/2015).

²⁹ <https://www.boe.es/doue/1994/297/L00029-00030.pdf> (Consultado em 05/02/2015).

³⁰ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A4-1997-0222+0+DOC+PDF+V0//ES> (Consultado em 06/02/2015).

³¹ MORÁN GONZÁLEZ, L., *“De la Bioética al Bioderecho – Libertad, vida y muerte”*, Madrid: Comillas Dykinson, 2006, p. 616/ss.

Na Alemanha Federal, publicou-se em 1976 uma Lei sobre contratos de adoção, e em 1986 aí se publicou um Ante-projecto de Lei “sobre protecção do embrião com disposições à produção mediante FIV de embriões excedentários não destinados a ser transferidos para a mulher, desenvolvimento de embriões *in vitro* para além do décimo quarto dia e experimentação embrionária.”³²

Em 1989 incorporou-se uma emenda à Lei de 1976 com o nome de “Lei sobre contratos de adopção de crianças e sobre a proibição dos contratos de maternidade de substituição.”³³

No ano seguinte, 1990, (comigo no 12º ano de escolaridade), a Alemanha aprovou a Lei sobre protecção dos embriões. Conforme foi defendido pela Professora Neves Barbas, esta Lei alemã proíbe a doação de ovócitos, mas não fala de doação de espermatozóides, doação sobre a qual segundo o Relatório Benda³⁴ surgem grandes objeções. Esta Lei de 1989, tão pouco consignava o anonimato do doante e passava a tendência de diminuir a reprodução heteróloga.

Por sua vez o Acto Legislativo de 1990 não autoriza a produção de Embriões sobranes, e castiga esta violação da Lei com pena de multa e de prisão até 3 anos. Sobre este assunto Neves Barbas escreve “A lei alemã designa de embrião o óvulo humano fecundado y susceptible de desenvolvimento a partir do momento da fusão de núcleo e, ainda, qualquer célula totipotente retirada de um embrião que (se estiverem reunidas as condições necessárias) se possa dividir y originar uma pessoa. Nas 24 horas após a fusão do núcleo considera-se a célula humana fecundada como passível de desenvolvimento, excepto se se verificar, mesmo antes de decorrido esse tempo, que a

³² Ver também sobre este tema, MORÁN GONZÁLEZ, L., “Procreación humana asistida – aspectos técnicos éticos y legales”. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 1998, p. 114/ss.

³³ (idem) MORÁN GONZÁLEZ, L. “Procreación humana asistida – aspectos...p. 114/ss.

³⁴ BARBAS, S. MARCOS NEVES, “Direito ao Património Genético”, Coimbra: Almedina, 2006, p. 58/ss.

célula humana fecundada já não se pode desenvolver para além do estágio unicelular... (Na Alemanha) Com a entrada em vigor em 1 de Janeiro de 1991 da ESchG (Embryonenschutzgesetz – Projeto de Lei aprovado pelo Parlamento Federal Alemão) proibiu-se, nestes moldes, a fecundação de óvulos para outros fins que não o de possibilitar uma gravidez... Impediu-se, desta forma, não só a produção de embriões supranumerários através da proibição da fecundação de óvulos excepcionários e de toda a submissão do embrião a procedimentos que não tenham apenas como objectivo a sua conservação.”

Na Suécia, Gonzáles Morán destaca, “A Lei sobre inseminação artificial” de 1984 e a “Lei sobre Fecundação *in vitro*” de 1988 – Lei 711/1988 que segundo Stella Marcos Neves não consente a doação de gâmetas, aqui a inseminação de uma mulher com um óvulo fecundado *in vitro* só é possível se esse óvulo for da própria mulher e for do seu marido ou companheiro o sêmen fecundante. Em 1991 publicaram-se a Lei 114, sobre a utilização de determinadas técnicas em exames gerais de saúde, e a Lei 115, sobre as medidas com fim de investigação ou de tratamento em relação com os embriões.

Na Noruega, a Lei 68/1987, sobre fecundação artificial proíbe a doação de gâmetas, proíbe o anonimato dos doantes, proíbe a investigação com óvulos fecundados e prevê a data de 12 meses para a criopreservação de sêmen e de embriões mas não impede a criopreservação de óvulos.

Na Dinamarca, há que considerar a Lei de Junho de 1987 – Lei sobre o estabelecimento de um Conselho Ético e de regulação de algumas das experiências biomédicas sobre técnicas de reprodução assistida e a experimentação em embriões. Também a Lei 460/1997, sobre reprodução artificial, em relação ao tratamento médico, diagnóstico e investigação e seus desenvolvimentos sobre o tratamento de fecundação *in vitro* e diagnóstico pré-implantatório.

Na Suíça, em 1985, la Académie Suisse des Sciences Médicales, publicou “*Directives médico-éthiques pour le traitement de la stérilité*”

par fécondation in vitro et transfer d'embryons.”³⁵. Em 1988 estabelece a resolução não autorizando a inseminação artificial heteróloga, que em 1989 o Tribunal Federal Suíço declarou inconstitucional; no entanto, em 1991 uma nova lei com o “mesmo” conteúdo foi aprovada pelo Cantão Suíço de Bâle Ville. Em 1992 um artigo constitucional é “referendado” e proíbe a congelação de embriões e ordena a transferência para o útero de todos os embriões obtidos num ciclo de tratamento, não existindo, portanto, embriões excedentários.

Em Itália, não havia legislação específica de PMA, e não a houve durante largo tempo; eram tidas em conta as regras do Código de Deontologia Médica de 1989, que determinava sobre o uso de técnicas de reprodução assistida dentro do direito da saúde. Os italianos tiveram grande número de projetos de Lei, com posições restritivas e permissivas mas não chegaram nunca a aprovação pelo grande debate mantido indefinidamente entre as distintas posições políticas e jurídicas. Assim, acabaram com uma “*norme in materia di procreazione medicalmente assistida*” que é claramente uma norma restritiva, a Lei 40/2004 de 19 de fevereiro.

Na Áustria, o decreto de 1988 da Chancelaria Federal, sobre as provas de sémen para inseminação artificial, indica condições para a doação de sémen, completado pela Lei Federal de 1994, sobre as atividades com organismos modificados por técnicas genéticas. Segundo Hidalgo Ordás, e na nossa opinião, as finalidades desta Lei são: “*proteger a saúde do ser humano, incluindo a sua descendência, frente aos danos que possam produzir-se directamente no genoma humano, por análise genética no ser humano ou por efeitos produzidos neste por organismos modificados geneticamente.*”³⁶

³⁵ BARBAS, S. MARCOS NEVES, “*Direito ao Património Genético*” – *Alguns dados de Direito Comparado*, p. 60.

³⁶ HIDALGO ORDÁS, C., “*Análisis jurídico-científico del concebido artificialmente*”, Op. cit., p. 195.

Nesta análise ficaram de fora outras experiências legislativas a analisar no futuro (Bulgária, Holanda, Hungria, República Checa, antiga União Soviética, Reino Unido, França, Grécia, *etc.*)³⁷ (Que na nossa opinião) poderíamos apresentar aqui e cuja análise e comparação com a nossa avaliação ibérica seria muito interessante para o estudo da nossa problemática, mas que deixaremos para desenvolver em investigações posteriores, cuja análise se espera natural e obrigatória, dado que a temática aqui estudada não está de todo “fechada” com o estudo aqui apresentado, e que foi mote para uma Conferência realizada na Ordem dos Advogados Portugueses em 2018 no âmbito das comemorações dos 70 Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e de onde nasceu a ideia para esta fantástica obra coletiva sobre o Passado o Presente e o Futuro dos Direitos Humanos, cuja discussão se pretende aberta, e necessita que a reflexão europeia mature as sua posições e se encaminhe a um pensamento consensual mais atual e fruto da tradição histórica de humanismo e de defesa dos Direitos Humanos (conforme aponta o nosso contexto ibérico) correspondendo assim ao desenvolvimento do estatuto intelectual do nosso “Velho Continente”...³⁸

Em conclusão

Assim, de acordo com a análise comparativa apresentada, concluímos citando (em tradução nossa) a Estimada colega Catedrática da Universidade Portucalense do Porto (Portugal), ilustre especialista

³⁷ Para uma visão mais alargada da regulação Europeia da PMA, leia-se o artigo de VEGA M.; VEGA J.; MARTÍNEZ BAZA, P., “Regulación de la Reproducción Asistida en el ámbito Europeo. Derecho Comparado,” In: <http://www.bioeticaweb.com/regulacion-de-la-reproduccion-asistida-en-el-ambito-europeo/> (Consultado em 27-12-2015).

³⁸ Ver: XAVIER, JOÃO PROENÇA, “*Temas Fuertes de la Reproducción Asistida (en contexto ibérico)-Análisis comparativo da la Ley Española 14/2006 y la Ley Portuguesa 32/2006*”, Universidad de Salamanca, 2016.

em Direitos Humanos, querida amiga Professora Esther Martínez Quinteiro: “o conteúdo, requerimentos e políticas públicas relacionadas com o cada vez mais multidimensional e progressivo direito humano à segurança, (...)” (“(...) requer hoje, tanto o respeito pela segurança das pessoas e o direito à sua integridade física e patrimonial bem como o respeito pelas suas liberdades, e o direito à sua segurança alimentar, segurança assistencial, segurança laboral, segurança meio ambiental, à Cibersegurança (e não menos importante na nossa opinião) o direito irrevogável, à segurança da conservação do património genético da (nossa) espécie.” (...)

Bibliografia

- ABELLÁN, F., “Reproducción humana asistida y responsabilidad médica”, *consideraciones legales y éticas sobre casos prácticos*, Granada: Comares, 2001.
- ABELLÁN, F., “El Diagnóstico Genético Embrionario y Eugenesia: Un Reto para el Derecho Sanitario”, In: *Derecho y Salud*, 15, 2007.
- ABELLÁN, F., “El Estatuto jurídico del Embrión en España: De la ley de reproducción de 1988 a la Clonación Terapéutica de nuestros Días”, In: *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 28, 2008.
- ABELLÁN, F.; CARO, J. S., “Bioética y Ley en reproducción humana asistida”: *Manual de Casos Clínicos*, Granada: Comares, 2009.
- AGUIAR DE LUQUE, L., “Dogmática y Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales en la Interpretación de estos por el Tribunal Constitucional Español”, In: *Revista de Derecho Político*, 1983, p. 18-19.
- AGUILAR, FRANCISCO, “O princípio da dignidade da pessoa humana e a determinação da filiação em sede de procriação medicamente assistida”, In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, Vol. 41, n.º 2, 2000, p. 655-713.
- ALKORTA IDIÁKEZ, I., “Regulación jurídica de la medicina reproductiva”: *derecho español y comparado*, Navarra: Aranzadi, 2003.
- ARA PINILLA, I., “El concepto de Derechos Fundamentales”, In: *Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, BOE, 1994.
- ARA PINILLA, I., “Las Transformaciones de los Derechos Humanos”, Madrid: Tecnos, 1994.
- BARBAS, S. MARCOS NEVES, “Testes Genéticos, Terapia Genética, Clonagem”, In *Estudos de Direito da Bioética*, Coimbra: Almedina, 2005.
- BARBAS, S. MARCOS NEVES, “Direito ao Património Genético”, Coimbra: Almedina, 2006.
- BARBOSA, ANTÓNIO, EDITOR/ CO-AUTOR, “Pré-textos Bioéticos”, *Centro de Bioética – Faculdade de Medicina da Universidade Nova de Lisboa*, Lisboa, 2014.

- BARBOSA, H. HELOÍSA, “Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida”, In: *Grandes Temas de Actualidade Bioética e Biodireito*, Rio de Janeiro, 2004, p. 153-168.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “Aspectos jurídicos de la Clonación Humana”, In: *Genética Humana en el Tercer Milenio*, Madrid: Ediciones Akal, 2002.
- BERGER, S. D., “La Declaración Universal de la Unesco sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos”, In: *Cuadernos de Bioética*, 2, 1998, p. 387-405.
- CAPELLA BELVER, V., “*Clonar? Ética y derecho ante la clonación humana*”; Granada: Colmares, 2000.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., “*Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*”, Barcelona: J.M. Bosch, 1995.
- COMISSÃO DA CONDIÇÃO FEMININA, *Conselho da Europa – Procriação Artificial Humana: princípios orientadores*, Lisboa, 1990.
- COMISSÃO PARA O ENQUADRAMENTO LEGISLATIVO DAS NOVAS TECNOLOGIAS – *Utilização de Técnicas de Procriação Assistida (Projectos)*”, Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 1, 1990.
- CONSEIL DE L’EUROPE, “*Le Droit au Respect de la Vie Privée et Familiale*”, Dossier
- COUNCIL OF EUROPE, STEERING COMMITTEE ON BIOETHICS, “*Medical, Ethical and Social Aspects of Assisted Reproduction*” – (2001), Edited by Vayena, Effy/Patrick, Rowe/Griffin, David, In: <http://whqlib-doc.who.int/hq/2002/9241590300.pdf> (10/08/2009).
- ESTÉFANI, RAFAEL JUNQUERA, (DIRECTOR) “*Bioética y Bioderecho – Reflexiones jurídicas ante los rectos bioéticos*”, Granada: Editorial Comares, 2008.
- GODAY VÁZQUEZ, M. OLAYA, “*Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario*”, Madrid: Dykinson S.L, 2014, 1.ª Edición.
- GONZÁLEZ MORÁN, L., “*Aspectos Jurídicos de la Procreación Humana Asistida: Aspectos Técnicos, Éticos y Legales*”, (Javier Gafo Ed.), Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 1998.
- GONZÁLEZ MORÁN, L., “*De la bioética al Bioderecho – Libertad, vida y muerte*”, Madrid: Dykinson, 2006.
- HERNÁNDEZ, F. RIVERO, “La fecundación artificial “post mortem”, In: *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 4, año 86, 1987, p. 871-904.
- HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY AUTHORITY (HFEA), “*The HFEA guide to infertility and directory clinics*”, 2005/2006.
- IDIÁKEZ ITIZIAR, ALKORTA, “*Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva – Derecho Español y comparado*”, Navarra: Thomson Aranzadi, 2003.
- LEMA AÑÓN, C., “Los Problemas Pendientes de la Regulación Jurídica Española sobre Reproducción Humana Asistida: la Sentencia del Tribunal Constitucional y el Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana asistida (Parte I)”, In: *Revista Derecho y Genoma Humano*, 13, 2000.
- MIRANDA, JORGE, “A Constituição e a Dignidade da Pessoa Humana”, In: *Jorge Miranda, Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais* (Jorge Miranda ed.), Estoril: Principia, 2006.

- OLIVEIRA, GUILHERME DE, “Legislar sobre Procriação Assistida”, *Procriação assistida, Colóquio Interdisciplinar (12/13 Dezembro 1991)*, Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- PÉREZ LUÑO A.E, “*La Tercera Generación de Derechos Humanos*”, Navarra: Aranzadi, 2006.
- PUREZA, JOSÉ MANUEL, “*O Património Comum da Humanidade: Rumo a um Direito Internacional de Solidariedade*”, Porto: Edições Afrontamento, 1998.
- ROMEO CASABONA, C., (ED.) “*Código de Leyes Sobre Genética*.” Bilbao: Cátedra de Derecho y Genoma Humano – Universidad de Deusto, 1997.
- ROMEO CASABONA, C., “*El Convenio de Derechos humanos y Biomedicina – Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*”, Bilbao-Granada: Comares, 2002.
- ROMEO CASABONA, C., “La Constitución Europea, un núcleo de los Derechos Humanos de la Medicina y la Biología”, In: *Revista Lex Medicinae*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ano 2, n.º 3, Coimbra, 2005, p. 5-8.
- RUIZ-CALDERÓN J.M. SERRANO, “*El Rectos jurídicos de la Bioética*”, Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias, S.A, 2005.
- SILVA MARTINS J., DIRECÇÃO/ COORDENAÇÃO “*Direito à dignidade humana e Código Deontológico em Medicina*”, In: *Cadernos da Faculdade de Medicina de Lisboa*, n.º 9, Lisboa, 2001.
- XAVIER, JOÃO PROENÇA, “*Ensayo sobre la Problemática de los Embriones Excedentarios en la Reproducción Medicamente Asistida*”, Tesina Doctorado “*Pasado y Presente de Los Derechos Humanos*”, Salamanca, 2012.
- XAVIER, JOÃO PROENÇA, “*Temas Fuertes de la Reproducción Asistida (en contexto ibérico)-Análisis comparativo da la Ley Española 14/2006 y la Ley Portuguesa 32/2006*”, Universidad de Salamanca, 2016.

Legislação:

- <http://www.boe.es/boe/dias/1999/10/20/pdfs/A36825-36830.pdf> (Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997.
- http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/pdfs/ukpga_20080022_en.pdf
- http://www.cgajdh.salud.gob.mx/descargas/rh/03_sistema_regional_europeo/01_consejo_de_europa/CE001.pdf
- <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000549619&categorieLien=id>
- <http://www.un.org/popin/icpd/conference/offspa/sconf13.html>

(UN, Doc. A/CNF.171/13 – de 18 de outubro 1994.) United Nations Population Information Network (POPIN)

UN Population Division, Department of Economic and Social Affairs, with support from the UN Population Fund (UNFPA)

<http://www.un.org/documents/ga/conf177/aconf177-20en.htm>

(UN, Doc. A/CONF.177/20. 94) UN – Fourth World Conference on Women

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000549618&categorieLien=id> (Loi no 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.)

[http://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-12945-consolidado.pdf_\(Ley_14/2007 de 3 de Julio – Ley de Investigación Biomédica.\)](http://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-12945-consolidado.pdf_(Ley_14/2007_de_3_de_Julio_-_Ley_de_Investigaci3n_Biom3dica.))

**BIOTECNOLOGÍA, DEPORTE Y EL FUTURO
DE LOS DERECHOS HUMANOS
BIOTECHNOLOGY, SPORT AND THE FUTURE OF HUMAN RIGHTS**

Elena Atienza Macías

Universidad del País Vasco

<https://orcid.org/0000-0002-4275-7170>

«(...) Eugene never suffered from the routine discrimination of a ‘utero’, a ‘faith birth’ or an ‘invalid’ as we were called... He suffered under a different burden: the burden of perfection».

*GATTACA*¹

(A. Niccol, 1997)

Resumen: En pleno siglo XXI asistimos perplejos a unos destacados avances en el campo de las ciencias biomédicas y de

¹ El título de esta película “GATTACA” está formado por las cuatro iniciales de las proteínas que forman el ADN: A, G, T y C, adenina, guanina, citosina y timina. Esta película, calificada dentro del género de ciencia ficción no es un filme que narre un imposible o, en todo caso, un imposible que no pueda ser resuelto por la ciencia en un espacio muy corto de tiempo pues en la actualidad muchos de los avances que por entonces vaticinaba *Gattaca*, si bien no en términos tan precisos como los narrados allí, resultan posibles (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.; GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., “Nuevos retos para los derechos humanos: Gattaca, ¿una visión del futuro?”, In: *InterseXiones*, núm. 1, 2010, p. 57-79).

las biotecnologías. El deporte – como una de las instituciones más poderosas e influyentes en la sociedad contemporánea – no ha quedado ajeno a esta realidad, concebido actualmente ligado a la tecnología. Paralelamente, el ansia de los deportistas por conquistar las metas más altas ha crecido exponencialmente en pro de alcanzar extraordinarios retos. Estos factores confluyen para que la mejora (o “enhancement”) de las capacidades de los deportistas sea objeto de continua búsqueda. Se trata de mejoras y modificaciones tanto físicas – la administración de anabolizantes utilizados por ejemplo en la práctica de culturismo o de otras sustancias que permiten un aumento de la masa muscular y/o la mejora donde hacen aumentar las prestaciones (fuerza, explosividad, potencia, resistencia, rapidez de recuperación, etc.) – como mejoras cognitivas y modificaciones mentales (se habla aquí de “mood enhancement”) que permiten una mejora de aptitudes cognitivas, de la atención y de la concentración o incluso una disminución de la fatiga, del stress etc. Utilizando términos más en boga para este debate, se habla de “ciborgificación” del deportista (o deportistas “cyborgs”), siendo un caso paradigmático el del atleta Oscar Pistorius.

En este escenario descrito, subyace la cuestión de la inevitable lesión del derecho de igualdad que entrañan estas técnicas desde el punto de vista no sólo del acceso a las mismas (por el elevadísimo coste que suponen estos tratamientos) sino las desigualdades generadas *a posteriori*, encontrándose en el campo de juego deportistas tecnológicamente modificados y otros “biológicos” que carecen de tal ventaja. Panorama que implica desigualdad, discriminación, creación de ghettos y de castas superiores dentro de los deportistas y algunos de los siguientes interrogantes a dirimir en el trabajo que proponemos: ¿qué significa e implica el hecho de incrementar las capacidades de los atletas?, ¿Nos deshumaniza la tecnología o más bien

nos conduce a un mundo mejor, más humano? ¿Los tratamientos de mejora en humanos son éticamente aceptables y jurídicamente viables en el contexto deportivo? ¿Quebrantarían el principio universal de igualdad? ¿O su generalización implicaría mayor competencia en el mercado y consiguiente disminución de los costes de estos tratamientos?

Palabras clave: Biotecnología; Derechos Humanos; Igualdad; Deporte; Dopaje genético.

Abstract: In the 21st century, we are perplexed by some very important advances in the field of biomedical sciences and biotechnologies. Sport – as one of the most powerful and influential institutions in contemporary society – has not been left out of this reality, nowadays conceived in connection with technology. At the same time, the desire of athletes to achieve the highest goals has grown exponentially in order to reach extraordinary challenges. These factors come together with the aim of continuously seeking to “enhance” the capabilities of athletes. These are both physical improvements and modifications – the administration of anabolic agents used, for example, in bodybuilding, or other substances that increase muscle mass and/or improve performance (strength, explosiveness, power, endurance, speed of recovery, among others) – and cognitive improvements and mental modifications (referred to “mood enhancement”) that improve cognitive skills, attention and concentration, or even reduced fatigue, stress, among others. Using terms more in vogue for this debate, we speak of “cyborgification” of the athletes (or “cyborg” athletes), a paradigmatic case of “cyborgification” being that of athlete Oscar Pistorius. This scenario raises the question of the inevitable violation of the right to equality that these techniques entail, not only from the point of view of access to them (due to the very high cost

of these treatments), but also the inequalities generated *a posteriori*. In this sense, we can find in the playing field technologically modified athletes and other athletes, so-called “biological athletes”, who lack such an advantage. This panorama implies inequality, discrimination, the creation of ghettos and higher castes within athletes, and some of the following questions to be addressed in this book chapter: what does increasing the capacities of athletes mean and imply? Does technology dehumanise us, or does it lead us to a better and more humane world? Are human enhancement treatments ethically acceptable and legally viable in the sporting context? Would they violate the universal principle of equality, or would their generalisation imply greater competition in the market and a consequent decrease in the costs of these treatments?

Keywords: Biotechnology, Human Rights; Equality; Sport; Gene doping.

Introducción

Que duda cabe que el fenómeno deportivo ha adquirido, durante las últimas décadas, una relevancia de dimensiones colosales. Este fenómeno, de progresión imparable, se proyecta en todos los terrenos: desde la Neuroética social y la Política, la Economía, la Medicina y el Derecho, debido al impacto cultural y al respaldo social que implica y a su necesaria interdisciplinarietà para afrontarlo. En consonancia con lo descrito, el deporte moderno presenta la virtualidad de trascender las fronteras de un Estado, es decir, con las prácticas deportivas se facilitan las relaciones entre los diferentes países fomentando el entendimiento internacional y convirtiéndose, por ende, en paradigma de la definición de muchos de ellos

y en estandarte del propio desarrollo de los países a los que representa. Desde esta perspectiva, la transnacionalización o globalización de la economía y de toda la sociedad en su conjunto ha llevado aparejada una creciente dimensión transnacional de la actividad deportiva². Todo ello ha implicado que el Derecho deportivo se haya consolidado ciertamente como disciplina jurídica, ofreciendo la actividad deportiva numerosas perspectivas de análisis: desde la Filosofía, (Bio) Ética, Sociología, Psicología, ciencias médicas (en concreto la especialidad de la Medicina Deportiva³) y por supuesto desde el Derecho.

1. Biotecnología y deporte, ¿dos realidades cada vez más cercanas?

En pleno siglo XXI asistimos perplejos a unos destacadísimos avances en el campo de las ciencias biomédicas y de las biotecnologías. De la integración cada vez más sutil y estrecha entre “ser humano” y “tecnología” han nacido nuevas ciencias como la genética, la robótica, la cibernética, la nanotecnología y la Biomedicina que están planteando la posibilidad de que, en un futuro no muy lejano, los seres humanos puedan manipularse genéticamente, puedan clonarse, crear seres híbridos y quimeras⁴ o interactuar con ordenadores y otros componentes dentro del propio organismo humano.

² Resulta pertinente traer a colación la siguiente cuestión: ¿Estamos ante un Derecho Internacional del Deporte o frente a un Derecho Deportivo Internacional?, formulada por PÉREZ GONZÁLEZ, C. *Las obligaciones de los estados en materia de prevención, control y sanción del dopaje en el deporte*, Pamplona: Ed. Aranzadi, 2008 p. 15-22 quien se hace eco de FOSTER, K. “Is There a Global Sports Law?”, en *Entertainment Law*, vol. 2, núm. 1, 2003, p. 1-18.

³ Desarrollado ampliamente por NEYRO BILBAO, J.L. “Medicina deportiva” (técnico) y MALO DE MOLINA, D. “Medicina deportiva” (jurídico), en ROMEO CASABONA, C.M. (Dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo II, Bilbao-Granada: Ed. Comares, 2011, p. 1103-1110.

⁴ DE MIGUEL BERIAIN, I., “Quimeras e híbridos: ¿Problema ético o problema para la ética?”, en *Dilemata*, núm. 6, 2011, p. 101-122.

En consecuencia, se concibe un mundo en el que los seres humanos, y por extensión los deportistas, no estén limitados por las imposiciones de la Naturaleza o por la llamada “lotería genética” o de forma más precisa, determinismo genético, y puedan experimentar cualquier cambio físico encaminado a incrementar sus capacidades. Pero no sólo fisiológicas, sino también cognitivas, mentales o educacionales⁵ (algunos autores van más allá y discuten incluso sobre una eventual “mejora moral”⁶). Esto es lo que se conoce como intervenciones de mejora en humanos o simplemente “mejora humana”⁷ (*human enhancement* en su terminología anglosajona). Existe un controvertido debate en este ámbito que se ajusta a los siguientes interrogantes: ¿Qué es la mejora humana?, ¿qué significa e implica incrementar las capacidades humanas?, ¿los tratamientos de mejora en humanos son éticamente aceptables y jurídicamente viables? y de ser así, ¿dónde hemos de situar la frontera o cuál ha de ser el criterio para la evaluación jurídico-ética de estos tratamientos?

⁵ En el ámbito deportivo PÉREZ TRIVIÑO (“Mood enhancement and doping”, en *Performance Enhancement and Health*, núm. 3, 2014, p. 26-30), ha mostrado que, si bien cuestiones como la mejora psíquica, anímica, y emotiva de los deportistas siempre ha sido un tema candente en la realidad deportiva, en la medida en que sin ir más lejos los psicólogos entraron a formar parte de forma permanente de los equipos y otras instituciones deportivas profesionales, sin embargo, las innovaciones tecnológicas producidas a raíz de los conocimientos de la neurociencia convierten este tipo de mejora en una de las más prometedoras de cara al futuro.

⁶ CAMPOS SERENA, O., “La mejora del carácter moral en la evaluación de las técnicas de mejora biológica”, en *Dilemata*, núm. 3, 2010, p. 45-59.

⁷ Según GONZÁLEZ MORÁN, L., “Implicaciones éticas y jurídicas de las intervenciones de mejora en humanos. Reflexión general”, en ROMEO CASABONA, C.M. (Ed.), *Más allá de la salud. Intervenciones de mejora en humanos*, Bilbao-Granada: Ed. Comares, 2012, p. 1-6; el concepto del “human enhancement”, tan en boga últimamente, entronca con lo que en términos generales podría denominarse “eugenesia”, vocablo que, curiosamente, ha ido perdiendo adeptos en los últimos años quizás debido a su connotación negativa. Así y con acierto, la mayoría de autores se decantan, en la actualidad, por la expresión anglosajona, que denota una evidente carga emotiva de carácter positivo por cuanto incide en el hecho de que las nuevas tecnologías genéticas se son concebidas con el fin de mejorar las capacidades de los seres humanos y no con los fines racistas, selectivos o discriminatorios que – conllevan masivas violaciones de los derechos humanos – más enlazados con la “vieja eugenesia”.

Paralelamente se discute – dejando abierto cierto espacio a la perplejidad moral – si la mejora humana ha de ser una opción o, por el contrario, una exigencia u obligación⁸. En puridad, no debería llevar esta controvertida propuesta a tal pánico moral, en la medida en que estas intervenciones, probablemente, no serán obligatorias, sino que a las mismas se someterán los individuos en condiciones de libre elección y por otro lado, están diseñadas para el aumento de las capacidades humanas, es decir, que producirán individuos más inteligentes y con expectativas de vida mucho mejores que las actuales. Así, siendo conscientes de que la naturaleza humana contiene características que podemos considerar no deseables, entonces parece que no cabría objeción alguna a la hora de alterarla.

Ahora bien, esta percepción optimista no puede obviar que en el proceso habrá dificultades serias que afrontar, verbigracia, establecer criterios de acceso que respeten la igualdad de oportunidades y que no sólo tengan acceso a tales cambios las capas más favorecidas de la sociedad. Análogamente, serían necesarias medidas que en esa futura sociedad que se vislumbra, impidieran una desigualdad entre los seres mejorados y los llamémosles “naturales” o simplemente, humanos. Y es éste precisamente el *quid* de la cuestión en el que se asienta nuestro trabajo. En este sentido, una de las cuestiones más espinosas en esta materia viene planteada por la inevitable lesión del derecho a la igualdad y de la gravísima injusticia social que podría plantear el que unos ciudadanos pudieran tener acceso a los tratamientos de mejora y otros no.

Uno de los casos paradigmáticos, en los cuales las intervenciones de mejora se aprecian con mayor intensidad y conflictividad es el de las mejoras y modificaciones físicas, no sólo con finalidades estéticas,

⁸ SAVULESCU, J. “Gene therapy, transgenesis and chimeras: is the radical genetic alteration of human beings a threat to our humanity?”, en SAVULESCU, J. (Ed.), *In Quest of Ethical Wisdom: How the Practical Ethics of East and West Contribute to Wisdom*, Oxford: Oxford Uehiro Centre for Practical Ethics, 2007.

sino con la finalidad de poder participar con ventaja en deportes de competición. Se trata, por tanto, del abordaje de los dilemas vinculados a la mejora genética en el ámbito deportivo.

Y es que el mundo del deporte no juega de espaldas a los progresos tecnológicos mejoradores de las capacidades fisiológicas. Más al contrario, habida cuenta la gran cantidad de intereses económicos que han colonizado al deporte de alta competición – traducidos en cuantiosos beneficios y ganancias para los deportistas, entidades deportivas, patrocinadores, entre otros – unido al carácter innato de los deportistas y su búsqueda imperiosa en una espiral sin fin de marcas para ser batidas, se prevé que sea este contexto en el que esas intervenciones sobre el cuerpo humano sean experimentadas por primera vez. En este sentido, el advenimiento de la biotecnología en la esfera deportiva puede seguir dos vías, a saber, la terapéutica o la mejoradora, siendo en el seno de esta última en donde subyace todo el debate acerca de su legitimidad, emplazando a las autoridades deportivas para que diriman las condiciones de participación de los deportistas en las distintas pruebas⁹.

Llegados a este punto podemos indicar que las intervenciones de mejora que, eventualmente, pudieran experimentar los deportistas en un horizonte no muy lejano son: el dopaje genético, los implantes en el cuerpo que convertirán a los deportistas en *cyborgs* – a través del caso paradigmático del atleta paralímpico sudafricano Oscar Pistorius – y la posibilidad de crear atletas transgénicos (híbridos y quimeras). No obstante estas dos posibles vías de intervención biotecnológica aplicable al campo deportivo, será el dopaje genético la que centre nuestro trabajo, como ejemplo notorio de mejora genética en esta esfera y que ha hecho emerger posturas contrapuestas.

⁹ PÉREZ TRIVIÑO, J.L., *The Challenges of Modern Sport to Ethics From Doping to Cyborgs*. New York: Lexington Books, 2013, p. 189-190.

2. El dopaje genético (o “de futuro”), paradigma de la Biotecnología aplicada al deportista

Fruto de la concatenación de dos significativas realidades, por una parte, la trascendencia e intensidad de la práctica deportiva reflejada en todos los terrenos con un aumento en paralelo de la aspiración de los deportistas por conquistar metas más altas y el recurso a métodos fraudulentos y por otra, el espectacular desarrollo de la biomedicina, el llamado “dopaje genético”, método ciertamente sofisticado y difícil de detección, se postula como protagonista en un escenario deportivo con un horizonte al parecer no muy lejano. Este nuevo fenómeno va a suponer que por primera vez la Bioética y el Bioderecho tengan que posicionarse en un terreno, esto es el deportivo, que hasta ahora parecía un tanto ajeno a tales disciplinas.

Ahora bien, como paso previo e ineludible al tratamiento de las numerosas implicaciones jurídicas y éticas que desencadena el citado “dopaje genético” resulta imprescindible la correcta definición del fenómeno objeto de examen. Es éste precisamente el reto que planteamos en el siguiente epígrafe, en tanto en cuanto este aspecto consideramos no ha sido resuelto de forma totalmente satisfactoria desde las instancias normativas ni doctrinales tal vez por lo novedoso del mismo o por encontrarse en una fase experimental de desarrollo. La correcta definición de su contenido resulta crucial máxime en una materia – como es la del dopaje “clásico” – que viene ocupando un primer plano en los medios de comunicación y en las agendas de los responsables políticos y deportivos, de tal forma que resulta vital su comprensión por parte de la sociedad de cara a su participación en el debate en el que necesariamente debe tomar parte y en aras de las exigencias de claridad y taxatividad en la determinación de las conductas prohibidas y de las sanciones aplicables derivadas del principio de legalidad.

3. Marco conceptual del dopaje genético

3.1. Respuesta normativa: la Agencia Mundial Antidopaje

La Agencia Mundial Antidopaje o AMA (en inglés *World Anti-doping Agency* o WADA) tiene como principal cometido la elaboración del Código Mundial Antidopaje el cual se erige en referente internacional en lo que a regulación de sustancias y métodos prohibidos dentro de la esfera deportiva se refiere.

Respecto a la coyuntura que rodea al Código Mundial Antidopaje, una fecha resulta clave como punto de partida: febrero de 1999. Tuvo lugar la que sería Primera Conferencia Mundial sobre el Dopaje en el Deporte, (en respuesta al escándalo del Tour de Francia de 1998 que convulsionó al mundo deportivo) celebrada en la ciudad suiza de Lausana bajo los auspicios del Comité Olímpico Internacional (o COI) a la cabeza con el español Juan Antonio Samaranch, a la sazón presidente de esta institución. Como culminación del trabajo realizado en el seno de esta conferencia se adoptó la *Declaración de Lausana sobre el dopaje en el deporte*, embrión a su vez de la Agencia Mundial Antidopaje. La AMA se constituyó el 10 de noviembre de 1999 en Lausana con el objetivo de promover y coordinar la lucha contra el dopaje en el deporte en la esfera internacional y se integró de forma paritaria por representantes de organizaciones deportivas, gubernamentales e intergubernamentales. Es singularmente notable que la AMA fuese constituida como una fundación de Derecho privado sometida al Derecho suizo, por las evidentes consecuencias que esto va a implicar, relegando el compromiso de mayor relevancia al ámbito de la autonomía de la voluntad. Un hito importante tuvo lugar en 2003, la AMA elaboraba el Código Mundial Antidopaje, lo que supuso la paulatina aparición de normas nacionales menos dispares entre sí y sin duda un progreso en la armonización normativa internacional. En ese mismo año y en el seno de la Segunda

Conferencia Mundial sobre el Dopaje en el Deporte celebrada en Copenhague (Dinamarca) y de la mano de Declaración de Copenhague, más de cien países aprobaron por unanimidad el Código Mundial Antidopaje.

Efectivamente, el Código Mundial Antidopaje se adoptó por primera vez en octubre de 2003 y entró en vigor el 1 de enero de 2004. Posteriormente, en noviembre de 2007 y con ocasión de la Tercera Conferencia Mundial sobre el Dopaje en el Deporte celebrada en Madrid, fue objeto de revisión aprobando el Consejo Fundacional de la AMA las enmiendas a la versión original el 17 de noviembre de 2007, las cuales entraron en vigor el 1 de enero de 2009. La versión modificada del Código Mundial Antidopaje de 2015 incorpora las enmiendas al Código Mundial Antidopaje aprobadas por el Consejo Fundacional de la AMA en Johannesburgo, Sudáfrica, el 15 de noviembre de 2013, y se encuentra en vigor desde el 1 de enero de 2015.

Llegados a este punto, no podemos obviar la complejidad y singularidad del sistema internacional del dopaje que se iba gestando de la mano de la AMA y su Código, que lo hacen particularmente proclive a un análisis diferenciado respecto a otros sistemas jurídicos con una naturaleza jurídica de institución como fundación privada sometida al Derecho suizo y como único elemento de coerción el previsto en el artículo 4.1 de los Estatutos de la misma atinente al necesario *compromiso* moral y político de los países integrantes de seguir sus recomendaciones. De esta forma, la apelación al compromiso político no podía considerarse suficiente, especialmente porque algunas de las obligaciones que se intentaban poner desde la AMA entraban en claro conflicto con preceptos constitucionales de algunos de los países, que consideraban que ésta no constituía justificación suficiente para la reforma de sus constituciones. Esta crisis de lo privado como fórmula de gestión y solución de los problemas de dopaje, se fue poniendo de relieve y si bien no se optó por la modi-

ficación de la personalidad jurídica de la AMA, las dificultades encontradas para vincular a los Estados a través de un instrumento de Derecho (Internacional) Privado como el Código Mundial Antidopaje, llevaron a la búsqueda de un instrumento de Derecho Internacional Público que diera cobertura y una mayor vinculación, al compromiso político adquirido por los Gobiernos.

En línea con lo anterior, un paso trascendental tuvo lugar en 2005, durante la 33.^a Conferencia General de la UNESCO celebrada en París, en tanto en cuanto vio la luz la *Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte*, aprobada el 19 de octubre de 2005, cuya ratificación por parte de los países firmantes hizo posible la armonización normativa y la efectiva obligatoriedad del citado Código Mundial Antidopaje (no de forma íntegra, como veremos) en el ámbito territorial de los signatarios. Esta Convención buscaba integrar, por tanto, dentro de unos límites que marcaba la propia normativa, el Código Mundial Antidopaje en el Derecho Internacional Público, imponiendo a los Estados la obligación de adaptar sus legislaciones a los *principios* contenidos en este Código. Efectivamente, y es pertinente hacer aquí una importante matización, la obligatoriedad – a tenor de lo dispuesto en el artículo 4 de la propia Convención – es predicable *sólo respecto de los principios* del Código. De tal manera que los países – y, entre ellos España que ratificó la Convención el 25 de octubre de 2006 – se han comprometido a respetar los principios del Código Mundial Antidopaje pero el texto concreto y, por tanto, su marco obligacional no alcanza en ningún caso al cumplimiento del Código si no exclusivamente a sus principios. Ahora bien, de nuevo esta aseveración exige muchos matices, porque algunas voces apuntan a la existencia de una evidente disociación entre vinculación jurídica y vinculación real. Esta última consistiría en convertir la suscripción a la Convención en un instrumento de intercambio para la mera participación en la adjudicación de eventos deportivos internacionales – léase Juegos Olímpicos

– o simplemente la depuración, dentro del debate social, de la idea de que su no-ratificación y cumplimiento se identifique con una situación de dejación o de baja intensidad en el cumplimiento de las obligaciones por parte del país de que se trate en materia de dopaje.

Consecuentemente, resulta pertinente acudir a dicha institución, esto es a la Agencia Mundial Antidopaje, en búsqueda de una definición del término “dopaje genético” Así, adelantándose a esta inminente realidad, la AMA incluyó esta técnica ya en 2003, fruto de la emblemática Conferencia de Banbury que constituiría la *Primera Conferencia sobre dopaje genético*, celebrada en Nueva York en el año 2002 y que versó en exclusiva en torno a esta problemática.

Por primera vez era definido el “dopaje genético” por la *World Anti-doping Agency* y recogido en la Lista de Sustancias y Métodos Prohibidos prevista para 2003 de la siguiente forma:

«Gene or cell doping is defined as the non-therapeutic use of genes, genetic elements and /or cells that have the capacity *to enhance athletic performance*».

Siguiendo la traducción oficial de la Agencia Mundial Antidopaje se define con los términos siguientes:

«Uso de genes, elementos genéticos y/o células, sin un fin terapéutico, que tengan la capacidad de promover el rendimiento atlético».

A la pionera Conferencia de Banbury organizada por la AMA y celebrada en marzo de 2002 en el Banbury Center de New York le seguiría en 2004 la creación, también por parte de la AMA, del *Grupo de Expertos en dopaje genético*. La razón de ser de este Grupo de Expertos es el estudio de los últimos avances en el campo de la

genética, los métodos para detectar este método de dopaje y los proyectos de investigación financiados por la AMA en esta área. Un año más tarde, en diciembre de 2005, la AMA en colaboración el Instituto Karolinska y la Confederación Sueca de Deportes, celebraría en Estocolmo la que sería *Segunda Conferencia sobre dopaje genético* y fruto de ello aparecería en escena la *Declaración de Estocolmo*, en la que se reflejan las recomendaciones y declaraciones de los participantes en esta conferencia – que incluía a genetistas y otros científicos biomédicos, especialistas en ética, expertos en políticas públicas, representantes del Comité Olímpico Internacional y a una amplia comunidad deportiva internacional. Finalmente, en junio de 2008, la Agencia organizó en colaboración con las autoridades deportivas rusas, una tercera reunión de expertos sobre el *mejoramiento genético del rendimiento deportivo* en San Petersburgo que vendría a constituir la *Tercera Conferencia sobre dopaje genético*.

Con este panorama, actualmente, esto es, en la Lista de Sustancias y Métodos Prohibidos prevista para 2019 el dopaje genético (en concreto se refiere al “Gene and cell doping”) ha pasado a definirse de la siguiente forma:

«The following, with the potential *to enhance sport performance*, are prohibited:

1. The use of polymers of nucleic acids or nucleic acid analogues.
2. The use of gene editing agents designed to alter genome sequences and/or the transcriptional, post-transcriptional or epigenetic regulation of gene expression.
3. The use of normal or genetically modified cells».

A tenor de la traducción oficial de la Agencia Mundial Antidopaje se define con los términos siguientes:

«Lo siguiente, con el potencial de mejorar el rendimiento deportivo, está prohibido:

1. El uso de polímeros de ácidos nucleicos o análogos de ácidos nucleicos;
2. El uso de agentes de edición genética diseñados para alterar las secuencias genómicas y/o la regulación transcripcional, post-transcripcional o epigenética de la expresión de genes.
3. El uso de células normales o genéticamente modificadas».

3.2. Nuestra postura. Dopaje genético y distinción de figuras afines

De la interpretación de estas dos definiciones – a nuestro juicio un tanto imprecisas y difíciles de comprensión por un no versado en la materia – parece que se deduce que estamos ante un caso de manipulaciones genéticas o cuanto menos de intervenciones genéticas. Acudiendo a la doctrina más autorizada ROMEO CASABONA y ROMEO MALANDA establecen una clara distinción en el seno de las manipulaciones genéticas (más propiamente llamadas modificaciones genéticas) atendiendo a su finalidad: esto es, manipulaciones genéticas con finalidad terapéutica y manipulaciones que no persiguen tal fin.

Las primeras se engloban dentro de la hoy tan conocida ya como “terapia génica”, cuya finalidad es la curación o prevención de enfermedades o defectos graves debidos a causas genéticas actuando directamente en los genes, mediante diferentes procedimientos teóricos: adición, modificación, sustitución o supresión.

Por otra parte, dentro de las manipulaciones genéticas que no persiguen esta finalidad preventiva o reparadora se encuentran las de finalidad mejoradora, que siguiendo a dicha doctrina tratan de potenciar determinadas características socialmente valoradas, véase la capacidad física.

Hechas estas precisiones, parece claro que el “dopaje genético” se debería circunscribir al ámbito de las intervenciones (o más propiamente manipulaciones) genéticas en el ser humano con finalidad de mejoramiento (englobadas dentro del concepto tan en boga últimamente del *human enhancement*) en tanto en cuanto lo que se persigue con ellas no es curar enfermedades, no denotan un fin terapéutico o reparador ya que en este ámbito partimos de un estado de “normalidad” del atleta y se pretende un logro de records que ha de superar obviamente la normalidad. Esto difiere en gran medida de la terapia génica y éste es un matiz que es muy importante traer a colación porque es bastante frecuente en la literatura incluso científica que versa sobre el dopaje genético que ambos conceptos “terapia génica” y “mejora genética” se diluyan o no queden meridianamente diferenciados.

Por otra parte, y más allá del contenido empleado, consideramos que el propio término elegido – dopaje genético – no es todo lo riguroso que debiera y responde a tintes un tanto periodísticos o sensacionalistas parece haber sido ideado más por este colectivo que por el legislador. Además, el término “dopaje” imprime un carácter peyorativo en tanto que existe un sentimiento general así percibido por la sociedad que lo identifica con algo negativo. De tal manera que *intervención genética en el ser humano con finalidad de mejoramiento genético en el ámbito deportivo* respondería más a la realidad que se trata de abordar.

4. Los puntos a debate: dopaje genético y derecho a la igualdad. El futuro de los Derechos Humanos

Sentada, por tanto, la idea de que el “dopaje genético” se debería circunscribir al ámbito de las intervenciones mejoradoras del ser

humano, una de las cuestiones más arduas en esta materia viene planteada por la *inevitable lesión del derecho a la igualdad* y de la gravísima injusticia social que podría plantear el que unos ciudadanos pudieran tener acceso a los tratamientos de mejora humana y otros no gozasen de tal vía, derivado del elevado coste de estos tratamientos. Este hecho, a su vez, esta problemática entronca con el problema de la situación sanitaria a nivel mundial. Todo ello cristaliza en problemas de desigualdad, discriminación, creación de guetos sociales de privilegiados y de castas superiores dentro de la especie humana. Así, a juicio del GONZÁLEZ MORÁN¹⁰, se produciría una quiebra irremediable en el principio de la solidaridad humana.

En efecto, el problema de la posible discriminación que acarrearían las intervenciones de mejora, constituye una de las preocupaciones más notorias. De hecho, la Declaración Universal de la UNESCO sobre el genoma humano y los derechos humanos y el Convenio de Oviedo han proclamado, en relación con los descubrimientos sobre el genoma humano y sus posibles aplicaciones, la vigencia de los principios universales de igualdad y no discriminación y de los derechos a la libertad, la integridad y la intimidad. En el debate actual sobre estas intervenciones, en el ámbito específicamente deportivo, se suele discutir la posible discriminación económica que supondría que las mismas estuvieran sólo disponibles para quienes tuvieran la posibilidad monetaria de adquirirlas, lo que llevaría a la creación de una casta «superior» de deportistas privilegiados que podrían optar a victorias y reconocimiento, y otra «inferior» compuesta por aquéllos que, debido a su falta de recursos, quedarían relegados a un segundo plano.

¹⁰ GONZÁLEZ MORÁN, L., “Implicaciones éticas y jurídicas de las intervenciones de mejora en humanos. Reflexión general”, en ROMEO CASABONA, C.M. (Ed.), *Más allá de la salud. Intervenciones de mejora en humanos*, Bilbao-Granada: Ed. Comares, 2012, p. 25-26.

De todo lo anterior se colige que el debate ético y jurídico en relación con las conductas de dopaje también se ha desarrollado desde la perspectiva del principio de justicia¹¹. En efecto, otro de los argumentos sobre los que pivota el rechazo a la regularización de las conductas de mejora humana en general, y de dopaje (mejora en el ámbito deportivo) en particular, descansa sobre la idea de que los nuevos, más avanzados y eficaces procedimientos de mejora únicamente podrán estar al alcance del sector de la población con mayor poder adquisitivo, lo cual conllevará al incremento de la – ya preexistente – desigualdad entre los miembros de las distintas esferas de la sociedad¹². Desde esta perspectiva, cabe poner de manifiesto que este acceso “restringido” a los avances de la tecnología supondría en cierto modo una afección al principio de justicia en la medida que no todos los ciudadanos tendríamos acceso a ellos¹³.

Ahora bien, podemos plantearnos en estas líneas que la generalización de estas prácticas implicaría mayor competencia en el mercado y una consiguiente disminución de los precios de estos trata-

¹¹ A partir de la analogía con los juegos, algunos autores como Gregorio Robles plantean ahora el problema de la justicia. Ver ROBLES, Gregorio, *La justicia en los juegos*, Madrid: Ed. Trotta, 2009.

¹² PARKER, Lisa S., “In sport and social justice, is genetic enhancement a game changer?”, *Health Care Analysis*, Núm. 4, Vol. 20, 2012, p. 328-346.

¹³ GONZÁLEZ MORÁN, L., “Implicaciones éticas y jurídicas de las intervenciones de mejora en humanos. Reflexión general”, *op. cit.*, p. 25 y LEMA AÑÓN, C., “¿Mejores que quién? Intervenciones de mejora, derechos humanos y discriminación”, *op. cit.* p. 35-49.

En efecto, esta reflexión en torno a que no todos los deportistas tienen la posibilidad de acceder a sustancias y técnicas dopantes que les ayuden a alcanzar cotas más altas en su rendimiento; y de tal manera aquellos que no tienen acceso a ellas estarán en una situación de desigualdad y marginación con respecto a los que sí lo tienen ya fue advertida por GARDNER, Roger, “On performance-enhancing substances and the unfair advantage argument”, *Journal of the Philosophy of Sport*, Núm. 1, Vol. 16, 1989, p. 59-73. De este modo, se crearía una clase superior de deportistas privilegiados y otra clase secundaria compuesta por aquellos que, debido a su falta de recursos, han de permanecer en un segundo plano respecto, lo cual ya fue anunciado por TUXILL, Ce; WIGMORE, Sheila, “Merely meat?, respect for persons in sport and games”, *Ethics and Sport*, McNAMME, Mike; PARRY, Jim (Eds.), New York: Routledge, 1998, p. 104-115.

mientos. De esta forma, un importante sector doctrinal¹⁴ ha puesto de manifiesto que el argumento de la desigualdad en el acceso a los métodos de mejora tiene un problema de base: la desigualdad en el acceso a los métodos en cuestión – y, por tanto, la lesión al principio de justicia – es en todo caso *transitoria*. En efecto, si bien es cierto que cuando un nuevo producto o método de mejora es lanzado al mercado, sólo las clases sociales con mayor poder adquisitivo pueden hacer uso de ellos, también es verdad que, con el paso del tiempo, el libre acceso a dichos productos permite apreciar una notable disminución en su precio, posibilitando que las clases menos favorecidas puedan también acceder a ellos. Como pone de manifiesto el Prof. PÉREZ TRIVIÑO¹⁵, existen innumerables ejemplos que demuestran este fenómeno denominado como “Market Stimulus Effect”¹⁶. Así, del planteamiento anterior observamos el caso de la evolución del precio de los ordenadores portátiles, de los teléfonos móviles, entre otros. Ahora bien, en este planteamiento no estaría exento el riesgo de proliferación de un mercado negro de servicios tecnológicamente innovadores en el área de mejora genética¹⁷.

¹⁴ Cfr. CORLETT, J. Angelo; BROWN, Vincent; KIRKLAND, Kiersten, “Coping with doping”, *Journal of the Philosophy of Sport*, Núm. 1, Vol. 40, 2013, p. 41-64 y SIMON, Robert L. *Fair Play: The Ethics of Sport*, Tercera Edición, Colorado: Westview Press, Boulder, 2010, p. 4. Sobre el particular v. también HARTLEY, Hazel, “Natural justice principles sport disciplinary processes and key doping cases”, *Sport, Physical Recreation and the Law*, New York; Routledge, 2009, p. 213-217 y SIURANA, Juan Carlos, “La ética del deporte desde la justicia como igualdad de oportunidades en la ética del discurso”, *Quaderns de Filosofia i Ciència*, Núm. 37, 2007, p. 79-90.

¹⁵ Cfr. PÉREZ TRIVIÑO, José Luis, “Mejoras genéticas: igualdad y factor temporal”, *Revista de Derecho y Genoma Humano / Law and the Human Genome Review*, Núm. Extraordinario 2014, Jornadas del XX Aniversario / Special Issue 2014, 20th Anniversary Conference, 2014, p. 264.

¹⁶ Sobre este asunto CROZIER, Gillian; HAJZLER, Christopher, “Market stimulus and genomic justice: evaluating the effects of market access to human germ-line enhancement”, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, Núm. 2, Vol. 20, 2010, p. 161-179.

¹⁷ JORQUI AZOFRA, M.; NICOLÁS JIMENEZ, P., “¿Estafa en el ofrecimiento de servicios tecnológicamente innovadores en el área biomédica? Especial consideración del ofrecimiento de análisis genéticos”, en ROMEO CASABONA, C. M.; FLORES MENDONZA, F. (Eds.), *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Granada: Ed. Comares, 2013, p. 222 y ss., especialmente p. 235 y ss.

Por otra parte, no podemos concluir esta exposición sin aludir a la cuestión de la desigualdad que entrañan estas técnicas desde el punto de vista no sólo del acceso a las mismas – ya que como venimos señalando no estarían al alcance de todos los deportistas en una suerte de “supermercado genético”¹⁸ al que tendrían acceso las capas más adineradas –, sino las **desigualdades generadas a posteriori**, encontrándose en el campo de juego deportistas tecnológicamente modificados y otros “biológicos” que carecen de tal ventaja. Algunas voces como PÉREZ TRIVIÑO¹⁹ apuntan a la posibilidad de organizar competiciones segregadas. De igual manera que las competiciones se dividen por edad, peso o sexo, aquí se darían razones suficientes para crear competiciones para aquellos individuos – ya sean modificados genéticamente, *cyborgs* o quimeras – que tuvieran capacidades físicas suprahumanas. De tal manera que hablaríamos, por un lado, de una concepción del deporte en tanto que celebración de los talentos, de las habilidades y de los dones naturales que son cultivados por los deportistas, frente a una percepción del deporte como espectáculo o fuente de entretenimiento.

5. Conclusiones finales y apertura a nuevos interrogantes

La ciencia ficción a la que nos trasladaba el filme *Gattaca* – es decir una sociedad en la que el ser humano domina y utiliza los avances en biotecnología y en ingeniería genética –, puede estar cada vez más próximo a nuestra realidad. El deporte – como una de las

¹⁸ LEMA AÑÓN, C., “¿Mejores que quién? Intervenciones de mejora, derechos humanos y discriminación”, en ROMEO CASABONA, C.M. (Ed.), *Más allá de la salud. Intervenciones de mejora en humanos*, Bilbao-Granada: Ed. Comares, 2012, p. 49, quien se hace eco de NOZICK, R., *Anarquía, Estado y Utopía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1990.

¹⁹ PÉREZ TRIVIÑO, J.L., *The Challenges of Modern Sport to Ethics From Doping to Cyborgs*. New York: Lexington Books, 2013, p. 200.

instituciones más poderosas e influyentes en la sociedad contemporánea – no ha quedado ajeno a esta realidad, concebido actualmente ligado a la (bio)tecnología. Paralelamente, el ansia de los deportistas por conquistar las metas más altas ha crecido exponencialmente en pro de alcanzar extraordinarios retos. Estos factores confluyen para que la mejora de las capacidades de los deportistas sea objeto de continua búsqueda. Se trata de mejoras y modificaciones tanto físicas – la administración de anabolizantes utilizados por ejemplo en la práctica de culturismo o de otras sustancias que permiten un aumento de la masa muscular y/o la mejora donde hacen aumentar las prestaciones (fuerza, explosividad, potencia, resistencia, rapidez de recuperación, etc.) – como mejoras cognitivas y modificaciones mentales (se habla aquí de “mood enhancement”) que permiten una mejora de aptitudes cognitivas, de la atención y de la concentración o incluso una disminución de la fatiga, del stress, entre otros.

En este escenario descrito, subyace la cuestión de la inevitable lesión del derecho a la igualdad que entrañan estas técnicas desde el punto de vista no sólo del acceso a las mismas (por el elevadísimo coste que suponen estos tratamientos) sino las generadas *a posteriori*, encontrándose en el campo de juego deportistas tecnológicamente modificados o *cyborgs* y otros “biológicos” que carecen de tal ventaja. Panorama que implica desigualdad, discriminación, creación de ghetos y de castas superiores dentro de los deportistas.

A lo largo de estas líneas lejos de cerrar problemas jurídicos, hemos pretendido abrir espacios de reflexión ante los ineludibles interrogantes que se están suscitando en el seno de un asunto que – actualmente en fase inicial de estudio – se proyecta como de indudable relevancia e interés; alguno de los cuales responden a lo siguiente: ¿qué significa e implica el hecho de incrementar las capacidades de los atletas? ¿Nos deshumaniza la tecnología o más bien nos conduce a un mundo mejor, más humano? ¿Los tratamientos de mejora en humanos son éticamente aceptables y jurídicamente via-

bles en el contexto deportivo? ¿Quebrantarían el principio universal de igualdad? ¿O su generalización implicaría mayor competencia en el mercado y consiguiente disminución de los costes de estos tratamientos?

En otro orden de cosas, creemos conveniente poner de manifiesto que es necesario una profunda reflexión en cuanto a la política legislativa en materia de dopaje. La doctrina contemporánea ha puesto de manifiesto que existen una serie de problemas de naturaleza sistemática y práctica en relación con los planteamientos tradicionales que han orientado la política restrictiva y represiva de las conductas de dopaje.

Con esta valoración no pretendemos defender, en absoluto, una política completamente liberal en este ámbito, sino más bien poner de manifiesto que es necesario que nuestra sociedad desarrolle una profunda reflexión al respecto. Sí que nos atrevemos a sugerir que podrían ensayarse algunas formas de regulación del dopaje. Permitir la celebración de competiciones segregadas – garantizando el respeto al *fair play* –, por ejemplo, siempre y cuando, eso sí, los productos y métodos de mejora “permitidos” no pongan en grave peligro la vida o salud de los consumidores, o que la afición no suponga un menoscabo importante a la salud del deportista, de modo que sea él mismo quien, en el ejercicio de su autonomía, decida sacrificar esa parte de sus intereses en aras de conseguir otros que sean más valiosos para él.

En cualquier caso, creemos que es necesario resaltar y, desde luego, cuestionar el hecho de que los debates – también los debates parlamentarios – en relación con esta materia no parece tenerse en cuenta las discusiones que se realizan desde la Ética aplicada contemporánea²⁰. Recordemos que nuestro legislador ve en las

²⁰ Así se pronuncian en sus monografías de cabecera PÉREZ TRIVIÑO, José Luis, *Ética y deporte*, Bilbao: Ed. Desclée De Brouwer, 2011 y McNAMEE, Mike, *The ethics of sports: a reader*, New York: Routledge, 2010. En igual sentido, LÓPEZ FRÍAS, Francisco Javier, “Reivindicando una ética del deporte como filosofía aplicada: El deporte como cuestión moral”, *Dilemata*, Núm. 2, 2010, p. 17-31.

conductas de mejora en la actividad deportiva una lacra más de nuestra sociedad.

Agradecimientos

La presente investigación se enmarca dentro del Programa Posdoctoral “Juan de la Cierva Formación 2017” del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, al que la autora está adscrita. Igualmente, para la redacción de este capítulo se ha contado con la ayuda (con Ref. N.º IT1066-16) concedida por el Departamento de Educación del Gobierno Vasco para apoyar las actividades de Grupos de Investigación del Sistema Universitario Vasco.

Bibliografía²¹

- AGENCIA MUNDIAL ANTIDOPAJE (AMA), “Gene doping”, en *Play True*, núm. 1, 2005.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.; GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., “Nuevos retos para los derechos humanos: Gattaca, ¿una visión del futuro?”, en *InterseXiones*, núm. 1, 2010.
- ARMAZA ARMAZA, E.J., “Bioderecho en Latinoamérica”, en ROMEO CASABONA, C.M. (Dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Bilbao-Granada: Ed. Comares, 2011.

²¹ Otras publicaciones elaboradas por el equipo de investigación al que pertenece la autora son: DE MIGUEL BERIAIN, I., “Human dignity and gene editing”, *EMBO Reports*, 2018, (*EMBO Reports*, October 2018 e46789); NICOLÁS JIMÉNEZ, P., “Aspectos éticos y jurídicos”, *Cáncer Hereditario*, 3.ª ed, Sociedad Española de Oncología Médica, Madrid, 2019; EMALDI CIRIÓN, A., “Surrogacy in Spain and the proposal of a legislative change for its regulation. A global phenomenon in Europe”, *Revista de Derecho y Genoma Humano Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada-Law and the Human Genome Review Genetics, Biotechnology and Advanced Medicine*, Ed. Dykinson, Núm.49 Julio-Diciembre, p. 75-99; ARMAZA ARMAZA, E.J., “El uso de las tecnologías convergentes como medidas de seguridad dispuestas para el tratamiento penal de los delincuentes peligrosos”, *Biotecnología y tecnologías convergentes*, ROMEO CASABONA, C.M. (Ed.), Granada: Comares, 2016, p. 177-206; ARMAZA ARMAZA, E.J., “La protección penal de la salud pública frente a las crisis o emergencias biológicas”, *El Derecho frente al bioterrorismo y otras amenazas biológicas*, ARMAZA ARMAZA, E.J.; Cuadrado Ruiz, M.A., Granada: Comares, 2018, p. 61-75.

- ATIENZA MACÍAS, E.; ARMAZA ARMAZA, E.J., *El dopaje en el Derecho Deportivo actual*, Madrid: Ed. Reus, 2016.
- ATIENZA MACÍAS, E., “Dopaje y enfermedad mental: más allá de la responsabilidad del deportista”, *Direito Biomédico II Espanba – Brasil*, ROMEO CASABONA, C.M.; FREIRE DE SÁ, M.F.; MACEDO POLI, L. (Coords.), Belo Horizonte: Editora PUCMINAS, 2013.
- ATIENZA MACÍAS, E., “El tratamiento jurídico del dopaje: de la Declaración de Lausana de 1999 a la Ley Orgánica de 2013. Un repaso obligado con ocasión de las novedades implantadas en el terreno de juego nacional e internacional”, *Revista Española de Derecho Deportivo*, Núm. 32, MILLÁN GARRIDO, A.; CARRETERO LESTÓN, J.L. (Dirs.), Madrid: Ed. Reus, 2013.
- ATIENZA MACÍAS, E., “La protección de los derechos fundamentales del deportista en la lucha contra el dopaje. Una visión desde el ordenamiento jurídico español”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVII, Núm. 140, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F.: Editorial Elsevier, 2014.
- ATIENZA MACÍAS, E., “Algunas consideraciones sobre la protección de datos en el tratamiento de muestras biológicas y datos de salud con finalidad de control antidopaje en el ámbito deportivo: el Pasaporte Biológico”, *Ius et Scientia. Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, Núm. 2, Vol. 3, Sevilla: Ed. Universidad de Sevilla, 2017.
- CAMPOS SERENA, O., “La mejora del carácter moral en la evaluación de las técnicas de mejora biológica”, en *Dilemata*, núm. 3, 2010.
- DE MIGUEL BERIAIN, I., “Quimeras e híbridos: ¿Problema ético o problema para la ética?”, en *Dilemata*, núm. 6, 2011.
- DWORKIN, R., “Jugar a ser Dios. Genes, clones y suerte”, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona: Ed. Paidós, 2003.
- FOSTER, K., “Is There a Global Sports Law?”, en *Entertainment Law*, vol. 2, núm. 1, 2003.
- GONZÁLEZ MORÁN, L., “Implicaciones éticas y jurídicas de las intervenciones de mejora en humanos. Reflexión general”, en ROMEO CASABONA, C.M. (Ed.), *Más allá de la salud. Intervenciones de mejora en humanos*, Bilbao-Granada: Ed. Comares, 2012.
- LEMA AÑÓN, C., “¿Mejores que quién? Intervenciones de mejora, derechos humanos y discriminación”, en ROMEO CASABONA, C.M. (Ed.), *Más allá de la salud. Intervenciones de mejora en humanos*, Bilbao-Granada: Ed. Comares, 2012.
- LOPEZ FRIAS, F. J., *Mejora humana y dopaje. Una propuesta crítica*. Madrid: Ed. Reus, 2015.
- MIAH, A., *Genetically modified athletes: biomedical ethics, gene doping and sport*. London & New York: Routledge, 2004.
- NEYRO BILBAO, J.L., “Medicina deportiva”, en ROMEO CASABONA, C.M. (Dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo II, Bilbao-Granada: Ed. Comares, 2011.
- NOZICK, R., *Anarquía, Estado y Utopía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1990.
- PEREIRA, A., “Responsabilidade Civil em Eventos Desportivos”, en AA.VV., *Dez anos de Direito do Desporto*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- PÉREZ GONZÁLEZ, C. *Las obligaciones de los estados en materia de prevención, control y sanción del dopaje en el deporte*, Pamplona: Ed. Aranzadi, 2008.

- PÉREZ TRIVIÑO, J.L., “Mood enhancement and doping”, en *Performance Enhancement and Health*, núm. 3, 2014.
- PÉREZ TRIVIÑO, J.L., *The Challenges of Modern Sport to Ethics From Doping to Cyborgs*. New York: Lexington Books, 2013.
- PÉREZ TRIVIÑO, J. L., “Bioética y Cine. `Gattaca`”, en *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 15, 2009.
- ROMEO CASABONA, C.M., *Los genes y sus leyes. El Derecho ante el genoma humano*, Bilbao-Granada: Ed. Comares, 2002.
- ROMEO MALANDA, S., *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho penal*. Bilbao-Granada: Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano – Comares, 2006.
- SAVULESCU, J. “Gene therapy, transgenesis and chimeras: is the radical genetic alteration of human beings a threat to our humanity?”, en SAVULESCU, J. (Ed.), *In Quest of Ethical Wisdom: How the Practical Ethics of East and West Contribute to Wisdom*, Oxford: Oxford Uehiro Centre for Practical Ethics, 2007.

(Página deixada propositadamente em branco)

**EL USO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS BIOMÉDICAS EN ARAS
A LA DEFENSA DEL DERECHO A LA SALUD
THE USE OF NEW BIOMEDICAL TECHNOLOGIES
FOR THE DEFENCE OF THE RIGHT TO HEALTH**

Aitziber Emaldi Ciri3n¹

Universidad de Deusto

<https://orcid.org/0000-0001-5034-6956>

Resumen: El Derecho a la Salud est1 intimamente relacionado con las nuevas tecnolog1as biomédicas. En concreto, en Espa1a, el potencial uso de los diagn3sticos genéticos preimplantacionales nos va a permitir en el futuro utilizar los mismos con un gran n1mero de finalidades encaminadas a hacer efectivo nuestro derecho a la salud y el de nuestros hijos. En la actualidad, estos avances tecnol3gicos plantean problemas éticos y jur1dicos de gran relevancia. De hecho, algunos de los usos de estos diagn3sticos que en ocasiones est1n encaminados a la eugene-

¹ Correspondence: aitziber.emaldi@deusto.es. El presente trabajo de investigaci3n ha sido elaborado gracias a la ayuda (con Ref. N.º IT1066-16) concedida por el Departamento de Educaci3n del Gobierno Vasco para apoyar las actividades de Grupos de Investigaci3n del Sistema Universitario Vasco y del Proyecto espa1ol "Uso de datos cl1nicos ante nuevos escenarios tecnol3gicos y cient1ficos – Big Data –. Oportunidades e implicaciones jur1dicas" del Ministerio de Econom1a y Competitividad. Referencia: DER2015-68212-R.

sia, tales como: la selección de embriones, la selección de sexo, la creación de personas con fin terapéutico para terceros, etc. En este artículo serán analizadas todas estas prácticas asociadas al derecho a la salud desde un enfoque ético y jurídico.

Palabras Clave: Salud; Eugenesia; Diagnóstico preimplantacional; Técnicas de reproducción asistida; Legislación; Selección de sexo; Selección de embriones; Ética.

Abstract: The right to health is closely related to new biomedical technologies. In Spain, in particular, the potential use of pre-implantation genetic diagnostics will allow us in the future to use them for a large number of purposes aimed at developing our right to health and that of our children. At present, these technological advances linked to reproduction and specifically pre-implantation genetic diagnoses and their different uses raise ethical and legal problems of great relevance. Some of the uses of these diagnoses, which are sometimes aimed at eugenics, include the selection of embryos, the selection of sex, and the creation of people for therapeutic purposes for third parties, etc. In this article, all these practices associated with the right to health will be analysed from an ethical and legal point of view.

Keywords: Health; Eugenics; Preimplantation genetic diagnosis; Assisted reproduction techniques; Legislation; Sex selection; Embryo selection; Ethics

Introducción

El derecho a la salud se recoge en Derecho Internacional como un derecho humano, es decir, algo más que un derecho fundamental

porque su existencia hace posible el ejercicio de otros derechos fundamentales regulados, protegidos y garantizados por los poderes públicos. En este caso, la garantía de protección del derecho es mayor, ya que no sólo el Estado garantiza protección, sino el resto de Estados miembros se comprometen a hacerlo. Existen infinidad de tratados y acuerdos internacionales que promueven la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

1. El derecho a la salud y los diagnósticos predictivos

En España, el derecho a la salud es un derecho constitucionalmente reconocido². En efecto, la Constitución se refiere a la salud en su Título I (De los derechos y deberes fundamentales), Capítulo III (De los principios rectores de la política social y económica, artículos 43 y 50)³. Debido a su ubicación dentro de la Constitución se aprecia que el derecho a la protección de la salud es un derecho básico del ordenamiento jurídico el cual debe promocionarse por un lado desde una vertiente de naturaleza negativa ya que el Estado no pueden realizar prácticas que perjudiquen la salud y por otro lado, de naturaleza positiva, constitutiva por el derecho a las prestaciones de servicios, por parte del Estado, con el fin de prevención y tratamiento de enfermedades. Es precisamente, es este punto donde el derecho a la salud se ha de vincular con las nuevas tecnologías de la repro-

² MARCOS DEL CANO, Ana María, El derecho a la salud desde el punto de vista ético-jurídico, *Ius et Scientia, Revista electrónica de derecho y ciencia*, Vol, 2, No. 2, 2016, p. 14-27.

³ Constitución Española, Boletín Oficial del Estado, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978 en cuyo artículo 43 reza: "1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Así mismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio".

ducción⁴ que ya no sólo se utilizan para combatir la esterilidad o infertilidad humana sino que, van más allá, dando lugar a una medicina predictiva que utiliza diagnósticos genéticos para que los progenitores tengan mayores e, incluso mejores, opciones reproductivas fomentando el derecho a la salud de la persona que va a nacer.

En efecto, se está poniendo a disposición de las personas nuevas herramientas predictivas, como es el diagnóstico genético que permite, entre otros usos, descartar para la reproducción aquéllos embriones que presenten algún tipo de anomalía, enfermedad o predisposición en aras a buscar la salud de la descendencia aunque ello conlleve a una nueva y aceptada eugenesia⁵.

El uso de estos diagnósticos debe ir siempre precedido de información y de un consejo genético apropiado y no directivo, que se ofrecerá a las personas con problemas reproductivos, es decir, cuando tuvieran problemas de esterilidad o pudieran transmitir algún tipo de enfermedad a la descendencia. Por tanto, el asesoramiento genético se configura como un requisito para el diagnóstico genético (preimplantacional y prenatal) tal y como se proclama en el Convenio de Biomedicina del Consejo de Europa firmado en España en 1997.

2. Fases al realizar un diagnóstico predictivo preimplantacional

Los diagnósticos predictivos y en concreto, el diagnóstico preimplantacional, ha ido evolucionando con el tiempo y las utilizadas del

⁴ EMALDI CIRIÓN, Aitziber, “El derecho al libre desarrollo de la personalidad y la libertad reproductiva», *Derecho y pobreza*, Álvarez Vélez, María Isabel; Rey Pérez, José Luis (Directores), Editorial Aranzadi – Thomson Reuters[1], Cizur Menor, España, 2015 (Parte IV, Capítulo 8).

⁵ CARVALHO GONÇALVES ELER; MIRANDA RAMOS; PIRES DE OLIVEIRA, *Diagnóstico genético pré-implantação (DGP): Uma Eugenia mascarada?*, *Revista iberoamericana de bioética*, Núm. 9, 2019, p. 60-75.

mismo cada vez son mayores lo que supone el planteamiento de cuestiones éticas y jurídicas ya que su uso puede afectar a varios derechos fundamentales⁶.

Si analizados con detenimiento las fases para proceder a estas prácticas, destacamos⁷:

- a) La consulta al consejero genético sobre los posibles problemas reproductivos. Dicho profesional proporcionará información sobre los análisis genéticos preimplantacionales y las alternativas que tendrá la pareja o individuo dependiendo de los resultados de aquéllos.
- b) Se procederá al uso de técnicas de reproducción humana asistida, en concreto, a la fecundación *in vitro* con el objeto de obtener embriones que sean sometidos al diagnóstico preimplantacional y descartarlos si en ellos se detecta algún tipo de anomalía o predisposición.
- c) Se extraerá una célula del embrión en sus primeros estadios. En este momento el cigoto contiene un pronúcleo paterno, procedente del espermatozoide, con 23 cromátides, y un pronúcleo materno, resultante de la división del ovocito, también con 23 cromátides. Estas cromátides se duplicarán, para que el cigoto, ya con 46 cromosomas, sufra la primera división embrionaria, y pase al estadio de dos células. A continuación, las células del embrión seguirán dividiéndose, pero no de forma sincrónica, que produciría estadios de 4 y 8 células,

⁶ EMALDI CIRIÓN Aitziber, "Aproximación a un estudio jurídico y ético de la medicina genética predictiva", Revista Iberoamericana de Bioética, Número 3, Identificador <https://revistas.upcomillas.es/index.php/bioetica-revista-iberoamericana/article/view/7651>, Revista Iberoamericana de Bioética, Ed. Universidad Pontificia Comillas, 2017, p. 1-9.

⁷ EMALDI CIRIÓN Aitziber, "Diagnóstico preimplantatorio" y "Diagnóstico prenatal", *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Granada: Ed. Comares, 2011, 641 y ss.

sino de forma asincrónica, dando así estadios intermedios. La fase de 6-8 células será la elegida para proceder a realizar la biopsia embrionaria, ya que será lo suficientemente avanzada como para poder obtener dos células en caso necesario y lo bastante temprana como para que el embrión pueda ser transferido en el momento óptimo, una vez realizado el diagnóstico⁸.

- d) Se procesará la célula obtenida para realizar en ella diagnósticos cromosómicos y moleculares que permitan detectar las alteraciones genéticas o anomalías cromosómicas causantes de una enfermedad o malformación del preembrión. Para tal fin, se dispone en la actualidad de dos técnicas: 1) La reacción en cadena de la polimerasa (PCR), procedimiento que permite la amplificación de secuencias específicas de ADN *in vitro*, y que se utiliza para localizar mutaciones específicas causantes de enfermedades monogénicas. Además, permite detectar específicamente embriones enfermos, con la ventaja de no tener que desechar aquéllos que potencialmente podrían serlo simplemente por su sexo (piénsese en los casos de enfermedades monogénicas ligadas al sexo). 2) El procedimiento de Hibridación *in situ*: se emplea para el análisis cromosómico y consiste en la utilización de sondas de ADN específicas marcadas, que hibridan con determinados cromosomas o fragmentos cromosómicos. Se utiliza para el diagnóstico de enfermedades ligadas al cromosoma X, para situaciones en que se requiere la identificación de determinados cromosomas o fragmentos cromosómicos en embriones de pacientes con

⁸ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Kenia; REYES MARTÍNEZ, Idania María; FLORES SÁNCHEZ, Rosa María; MÉNDEZ VIDAL, Jatdielys, "Factores clínico-terapéuticos y su relación con la calidad embrionaria en pacientes sometidas a fertilización *in vitro*", *Rev Cubana Endocrinología*, Vol. 28, No.1, Ciudad de la Habana, Ene.-Abr., 2017, p. 15 y ss.

anomalías estructurales, para mujeres con abortos de repetición, en parejas sometidas a la Microinyección Intracitoplásmica de Espermatozoides por factor masculino severo con alteraciones meióticas evidenciadas por biopsia testicular, entre otros.

- e) Transferencia a la mujer del embrión cuyo análisis genético demuestra que no está afecto por una anomalía, enfermedad o predisposición.

3. Indicaciones para proceder a un diagnóstico predictivo preimplantacional

El recurso a esta práctica está indicado para personas que se encuentren en una situación clínica que lo recomienda, como acción previa para descartar aquellos embriones que no cuentan con las debidas exigencias de viabilidad o bien aún cuando son viables, muestran alguna predisposición o anomalía, como por ejemplo: Enfermedades monogénicas, autosómicas dominantes, autosómicas recesivas o enfermedades ligadas al cromosoma X; Enfermedades ligadas al cromosoma X, cuya mutación genética sea aún desconocida; Enfermedades relacionadas con anomalías cromosómicas estructurales (translocaciones, inversiones, etc), que son el resultado de reordenamientos cromosómicos defectuosos que dan lugar a alteraciones genéticas; Optimización de las técnicas de fecundación *in vitro* en pacientes infértiles, mediante el cribado de aneuploidías; Predisposición al cáncer y las susceptibles de presentar una enfermedad genética de aparición tardía; Cuando sea indicado para tener un hijo con antígenos leucocitario humano, compatibles con otro hermano enfermo, que le permita al primero ser donante de sangre de cordón umbilical y ofrecer así una terapia al hermano.

Por otra parte, para proceder al uso del diagnóstico preimplantacional, además, es necesario, cumplir otra serie de requisitos que la Ley española 14/2007 de técnicas de reproducción humana asistida, encomienda, a los profesionales sanitarios. En efecto, nos estamos refiriendo a la información que debe ofrecer el profesional al sujeto antes de que éste emita su consentimiento para someterse a estos diagnósticos. Entre los datos que el profesional debe aportar destacan: a) la finalidad del análisis genético predictivos; b) el lugar de realización; c) destino de la muestra biológica al término del análisis; d) acceso a los resultados de los análisis cuando aquéllos no vayan a ser sometidos a procedimientos de disociación o anonimización; e) advertir sobre la posibilidad de que aparezcan descubrimientos inesperados y su posible trascendencia para el sujeto y su familia biológica; f) advertir sobre la implicación que puede tener para sus familiares la información que se llegue a obtener y la conveniencia de que él mismo, en su caso, transmita dicha información a aquéllos; g) ofrecerles asesoramiento genético, una vez obtenidos y evaluados los resultados del análisis; h) informar al sujeto sobre los derechos que tiene sobre sus datos personales: de acceso, rectificación, oposición y cancelación. Toda esta información es esencial debido a la trascendencia que tiene el sometimiento a los análisis genéticos.

4. Planteamientos jurídicos y éticos de los diferentes usos del diagnóstico preimplantacional

Las aplicaciones que pueden tener estos diagnósticos predictivos son cada vez mayores y así, permiten: a) que las parejas de alto riesgo no transmitan una enfermedad o una predisposición a su descendencia; b) proceder a una selección embrionaria seleccionar; c) limitar el número de abortos terapéuticos; d) proceder a la selección de sexo cuando existan motivos terapéuticos; e) seleccionar embriones con

fines terapéuticos para terceros; f) utilizar los embriones desechados con fines de experimentación e investigación; g) proceder a técnicas terapéuticas en el preembrión vivo *in vitro*. En definitiva, son usos admitidos por la legislación española⁹ y aún cuando el planteamiento bioético de los mismos hace pensar en el fomento de la eugenesia, son admitidos socialmente por un colectivo cada vez más amplio¹⁰.

Detrás de ese abanico de aplicaciones que conducirían a tener una descendencia sana, se atisban una serie de preocupaciones jurídicas y éticas planteadas por los detractores del uso de este diagnóstico, que basan sus opiniones en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO (2005)¹¹. En esta Declaración se proclama que se deben tener en cuenta de forma debida las repercusiones de las ciencias de la vida en las generaciones futuras y, en particular, en la constitución genética. Así mismo, consideran que deben existir unas mínimas reglas que marquen el campo de actuación en el que puedan desenvolverse las decisiones de los ciudadanos, de recurrir a la tecnología genética para influir en la dotación genética de sus descendientes, bien sea mediante la selección de embriones utilizando un diagnóstico preimplantacional como a través de la terapia génica.

En segundo lugar, hay autores que dudan sobre la inocuidad de los métodos de cultivo y biopsia que se llevan a cabo en los embriones sometidos a la técnica del diagnóstico preimplantacional, por ello, consideran que debería de haberse autorizado primero como

⁹ NICOLÁS JIMÉNEZ, Pilar, "Aspectos éticos y jurídicos", *Cáncer Hereditario*, 3.^a ed, Madrid: Sociedad Española de Oncología Médica, 2019, p. 99 y ss.

¹⁰ DELGADO, S.; BANDRÉS, F.; LUCENA J, et al. *I. Tratado de Medicina Legal y Ciencias Forenses*. Barcelona: Bosch; 2011, p. 189.

¹¹ JIMÉNEZ GONZÁLEZ, Joaquín, "Marco legal Internacional y conflicto ético del diagnóstico genético preimplantacional y las nuevas técnicas de donación mitocondrial, *Ius et Scientia, Revista electrónica de derecho y ciencia*, Vol, 2, No. 2, 2016.

técnica experimental antes de aceptar su implantación en la rutina clínica, y ello por aplicación del principio de precaución¹².

En tercer lugar, podrían plantearse acciones contra los profesionales en los casos en los que su actuar negligente produjera un daño merecedor de una indemnización¹³. En efecto, pudiera suceder que el profesional sanitario no informara a los sujetos sobre la posibilidad de someterse a este diagnóstico, lo que supondría para algunos el privarles de tener descendencia por miedo a transmitir algún tipo de patología a la misma. Igualmente, se podría hablar de negligencia profesional cuando el consejero genético interpretara erróneamente los resultados del diagnóstico preimplantacional y por tanto, ofreciera un diagnóstico erróneo que conllevara a la implantación de embriones con algún tipo de anomalía y daría lugar al nacimiento de un hijo con anomalías o, al contrario, el rechazo de embriones sanos que se descartarían para la procreación por haber sido diagnosticados como portadores de patologías.

En cuarto lugar, y desde una perspectiva ética es una práctica seriamente cuestionada, en base a distintos factores: A) Se puede creer que no son éticos los medios que se emplean, ya sea porque la extracción de una célula del blastocisto pone en peligro la vida del embrión o porque se considera que la célula extraída, al ser totipotente, debe ser considerada, una vez seleccionada, como otro embrión, que se sacrifica en aras de la buena marcha de la procreación; B) Es posible creer que utilizar el diagnóstico preimplantacional para descartar la implantación de algunos embriones atenta directamente contra el propósito de la medicina; C) se puede censurar esta práctica por considerar que tiende a promover la eugenesia, dado que pro-

¹² KAISER, Matthias. "El principio de precaución y su importancia para la ciencia", *Ética de la Biotecnología. Una introducción*, Granada: Editorial Comares, 2010, p. 135.

¹³ DIAS PEREIRA, André Gonçalo, "Responsabilidade Civil: o Médico entre o Público e o Privado", *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol 89, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2014, p. 253-304.

voca la eliminación de algunos embriones siguiendo el criterio de las predisposiciones o patologías que los aquejan.

Visto hasta el momento un planteamiento general, a continuación se analizará, de manera pormenorizada, hasta qué punto es ético y legal el uso de los diagnósticos preimplantacionales para cada uno de los usos que tiene el mismo:

4.1. Selección de embriones por motivos terapéuticos

Una de las aplicaciones fundamentales que tiene este diagnóstico es seleccionar embriones sanos – por no detectarse en ellos patologías o predisposiciones – para ser implantados en la mujer¹⁴. De hecho, con este diagnóstico se podrían detectar en el embrión:

A) Enfermedades graves de aparición temprana

Hay enfermedades que pueden condicionar seriamente el desarrollo futuro de una persona ya que se caracterizan, precisamente, por su gravedad y sus escasas técnicas terapéuticas para quien las padezca, por mencionar alguna, tenemos: Atrofia Muscular Espinal, Distrofia Muscular de Duchenne; Enfermedad de Huntington, Fibrosis Quística, Hemofilia A, Hemofilia B, el Síndrome de Alport ligado al cromosoma X, etc. Es por ello, que estos diagnósticos para detectar estas enfermedades tiene una aceptación social amplia hallándose autorizado legalmente en muchos países: España, Grecia, Bélgica, Francia, Reino Unido, Dinamarca, Noruega, Finlandia y en Suecia,

¹⁴ ABELLÁN F. *Selección genética de Embriones: entre la libertad reproductiva y la eugenesia*, Granada: Editorial Comares; 2007, p. 22.

entre otros¹⁵. No obstante, no hemos de olvidar que hay países que rechazan, por regla general, la práctica del diagnóstico preimplantacional, salvo en algún caso concreto, por considerar que contraviene el derecho a la protección del embrión y por el riesgo a favorecer tendencias eugenésicas, véanse los casos de Alemania, Austria, Suiza e Italia¹⁶.

B) Enfermedades y predisposiciones multifactoriales y de expresión fenotípica variable

Se puede utilizar un diagnóstico preimplantacional para detectar enfermedades o predisposiciones multifactoriales y de expresión fenotípica variable, pero no existe consenso social sobre su conveniencia puesto que se suscitan cuestiones bioéticas y jurídicas de gran relevancia. El motivo para este desacuerdo se basa en el hecho de que la detección de una predisposición a padecer una enfermedad no significa que en un futuro se desarrolle la misma, sino que serán diversos factores: ambientales, alimenticios, etc., los que influyan en su desarrollo pudiendo, por tanto, el sujeto no llegar nunca a padecer esa enfermedad.

Partiendo de esta premisa, Reino Unido, fue el primer país que permitió el uso de estos diagnósticos para detectar *predisposiciones* en los preembriones con el objetivo de no transferirlos a la mujer. Así es, la Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA) (Autoridad sobre Fecundación Humana y Embriológica) autorizó el uso del diagnóstico preimplantacional para detectar la *predisposición*

¹⁵ European Commission. Joint Research Centre. Institute for Prospective Technological Studies. Preimplantation Genetic Diagnosis in Europe, 2007, p. 33.

¹⁶ EMALDI CIRIÒN, Aitziber, “*La diagnosi genetica preimpianto tra normativa e giurisprudenza*”, (n.º 6/2017 della Collana “Marcopolo. Percorsi di diritto pubblico interno e comparato lungo i confini disciplinari”, diretta da S. Prisco) R. FATTIBENE (a cura di), Napoli: Editoriale Scientifica, 2017, p. I-332.

a diversas enfermedades: Beta-Talasemia, fibrosis quística, distrofia muscular de Duchenne, Huntington o el cáncer de colon hereditario (Familiar Adenomatous Polyposis Coli), la justificación para estas autorizaciones se basaba en la gravedad de aquéllas.

En la actualidad, diversas normas del ordenamiento jurídico de España, regulan la práctica del diagnóstico preimplantacional con objeto de llevar a cabo una selección embrionaria: la Ley Española de Reproducción Asistida de 2006 y la Ley de Investigación Biomédica de 2007. En estos textos se autoriza la realización de estos análisis para: a) la detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo postnatal con arreglo a los conocimientos científicos del momento, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembriones no afectados para su transferencia; b) la detección de alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del embrión; c) para otras finalidades siempre que lo autorice expresamente y caso por caso, la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (CNRHA), que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso.

Por tanto, a la vista de esta utilidad se plantean varias cuestiones éticas: en primer lugar, se está rechazando un preembrión que podría dar lugar a una persona sana que nunca desarrollaría la enfermedad. En segundo lugar, nos encontraríamos ante un conflicto de intereses si la pareja de quien proviene el embrión con una enfermedad o con una predisposición quisiera que se le transfiriese, en todo caso. Se plantea la duda de si ha de primar el deseo de los padres de procrear o la perspectiva ético-moral, incluso jurídica, del profesional sanitario, que puede considerar no aconsejable transferir el embrión en estas condiciones y tener en cuenta los intereses del futuro ser.

En estos casos, la transferencia de estos embriones con anomalías no dejaría de ser un contrasentido puesto que si la pareja recurre a

técnicas de reproducción asistida es con la intención de tener hijos sanos, de lo contrario, sería lógico tener hijos de manera natural y someterse a los diagnósticos genéticos prenatales. Por tanto, no sería correcto transferir embriones que no estén sanos, ya que se están poniendo a disposición de las personas medios económicos y científicos para favorecer la procreación y, siendo posible, se ha de garantizar que sea sana.

Desde el punto de vista jurídico, se recomienda no transferir los embriones que presenten características biológicas que puedan impedir su desarrollo, es decir, aquéllos respecto a los que se demuestre que tienen patologías cromosómicas o genéticas graves, incluso, se ha llegado a considerar dicho actuar como una infracción¹⁷.

C) Selección embrionaria con fines terapéuticos para un tercero

Otro de los usos para llevar a cabo un diagnóstico preimplantacional seguido de una selección de embriones es por existir una finalidad terapéutica para un tercero¹⁸. El caso clínico consistiría en la solicitud de un diagnóstico preimplantacional para detectar una enfermedad hereditaria grave, en combinación con la determinación de antígenos de histocompatibilidad (HLA), formulada por una pareja con un hijo que padece una enfermedad, por ejemplo, la leucemia mieloblástica aguda, y necesita un donante compatible, que sería su futuro hermano previamente seleccionado en fase embrionaria. Una vez nacido, actuaría como donante cediéndole las

¹⁷ España. Ley 14/2006, 26 de mayo, de técnicas de reproducción humana asistida, art. 26.c) 8.ª): Son infracciones muy graves: (...) 8.ª) La transferencia a la mujer receptora de gametos o preembriones sin las garantías biológicas de viabilidad exigibles.

¹⁸ ARANGO RESTREPO, P.; SÁNCHEZ ABAD, P.; PASTOR L., “Diagnóstico genético preimplantacional y el “bebe medicamento”, *Cuadernos de Bioética*, 2012, 23, p. 301.

células madre del cordón umbilical o, en su caso, mediante un trasplante de médula ósea.

Sin embargo, para llegar al final de este caso clínico hay que tener en cuenta la importancia de los pasos previos puesto que tras un diagnóstico preimplantacional es posible que se den tres situaciones diferentes: a) que algún embrión fuera portador de la misma enfermedad que ya padecía el primer hijo enfermo; b) que hubiera embriones sanos – no portadores –, que no fueran inmunológicamente compatibles con el hijo enfermo; c) que el análisis diera como resultado la existencia de embriones sanos y compatibles inmunológicamente con el hijo enfermo.

A la vista de estos supuestos, podría haber ocurrido que se hubieran descartado para la procreación no sólo los embriones portadores, objetivo principal del diagnóstico preimplantacional, sino también los embriones sanos no compatibles inmunológicamente con el hermano enfermo. Esta situación nos lleva a reflexionar sobre el hecho de que se están creando embriones, en principio, con fines de procreación aunque se haya decidido, posteriormente, que algunos de esos embriones sanos no serán transferidos, es decir, no serán destinados a la reproducción.

La normativa española actual permite este proceder siempre que exista autorización expresa de la autoridad sanitaria correspondiente, que estudiará, caso por caso, y además, es necesario un previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales del supuesto. Por tanto, se permite legalmente rechazar para la implantación embriones sanos, incluso, sin ningún tipo de anomalía o de predisposición pero que fueran incompatibles con la persona a la que quieren aplicar la terapia.

Desde el punto de vista ético esta selección de embriones con fines terapéuticos para terceros, traería a colación la posible cosifi-

cación de los seres humanos y de su instrumentalización¹⁹. Personalmente, opino que en estos supuestos no se estaría instrumentalizando a las personas, si una vez que han nacido se les trata con la dignidad y el respeto que merecen. Casos distintos, en los que se podría hablar de cosificación de una persona serían: cuando se recurra a la fecundación *in vitro* para proceder a la selección de embriones con motivos terapéuticos para un tercero, y una vez nacida la persona y utilizada como donante de células troncales se le abandonara o se le diera en adopción; o cuando el futuro ser fuera creado con el único propósito de ser donante y tiene que estar toda su vida donando células troncales a su hermano enfermo.

Quizá el aspecto que más controversias éticas suscita es la creación de embriones histocompatibles con el hermano enfermo que se trata de curar. En efecto, es práctica habitual, crear unos veinte embriones para buscar aquél que además de sano sea compatible con el hijo enfermo. En este caso, se están creando demasiados embriones para utilizar sólo uno, quedando el resto crioconservados para darles el destino que la pareja haya estipulado: donación, investigación, reproducción o destrucción.

4.2. Selección de embriones afectados por una anomalía o enfermedad: eugenesia negativa

Existen situaciones, inverosímiles para muchas personas, entre las que me incluyo, que parejas integradas por personas afectadas por determinadas patologías, enfermedades o discapacidades solicitan seleccionar embriones con la misma condición. Es el caso que tuvo lugar en

¹⁹ GARCÍA MOYANO, Loreto; PELLICER GARCÍA, Begoña; BUIL TRICAS, Begoña; JUÁREZ VELA, Raúl; GUERRERO PORTILLO, Sandra; ANTÓN SOLANAS, Isabel, "Bioethical analysis of the generation of saviour sibling", *Rev. Bioética y Derecho*, Núm.36, Barcelona, 2016, p. 55-66.

Reino Unido, en el cual una pareja con sordera, solicitó una selección embrionaria para tener un hijo con los mismos defectos que padecían ellos, con el fin de procurarle, según su perspectiva, una mayor integración familiar. Consideraban que un niño no afectado podría sufrir más en una familia de afectados, a quienes vería como diferentes.

Sobre esta cuestión el ordenamiento jurídico español es claro, puesto que prohíbe este tipo de prácticas, basándose en la aplicación del principio general del derecho que impide dañar a otro, o sobre la base de normas concretas como la proclamación de que las técnicas de reproducción asistida tienen entre sus fines la prevención de enfermedades, o la exigencia de que las mismas sólo puedan llevarse a cabo cuando no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o de la descendencia.

Además, la realización de una selección embrionaria dirigida deliberadamente a buscar hijos con anomalías o enfermedades, podría abrir la vía de la responsabilidad de los padres por la comisión de un daño. Así, podría pensarse en la posibilidad de que el hijo demandara, por vía civil, a sus progenitores: acciones de *wrongful life* exigiéndoles una indemnización porque su decisión de tenerles a sabiendas de que padecería alguna discapacidad o enfermedad, que condicionaría toda su vida, le supuso a aquél un daño.

Desde el punto de vista ético, faltan las palabras para expresar un absoluto rechazo a esta práctica en la que se busca, deliberadamente, un interés personal, por encima de cualquier interés del que va a nacer.

4.3. La selección de sexo de los preembriones

Otro de los diferentes usos que se puede hacer del diagnóstico preimplantacional es seleccionar el sexo de los embriones bien, por motivos terapéuticos o no terapéuticos:

A) Selección de sexo por motivos terapéuticos: enfermedades ligadas al sexo

Mediante estos diagnósticos preimplantacionales se puede averiguar el sexo del embrión y, gracias a ello, seleccionar el mismo evitando así el nacimiento de niños afectados por una enfermedad ligada al cromosoma sexual.

Desde el punto de vista normativo, esta materia está regulada en la Ley Española de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 2006 (art. 26) y en el Convenio de Biomedicina (art. 14). En este Convenio, que es parte del ordenamiento jurídico español, señala en relación con la selección de sexo lo siguiente: “No se admitirá la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer salvo en los casos en que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo”.

Si se hace un estudio detallado de este artículo se puede observar que su redacción puede dar lugar a interpretaciones de muy diversa índole que podrían conllevar a diferentes consecuencias y por tanto, generar inseguridad jurídica. Por ello, se analizará a continuación lo que pretende regular el legislador en este Convenio. En primer lugar, y llevando el orden establecido por la propia redacción del articulado, se ha de examinar qué se quiere decir cuando, como regla general, se estipula que “no se admitirá la utilización de *técnicas de asistencia médica a la procreación* para elegir el sexo de la persona que va a nacer”. Esta redacción debería entenderse en un sentido amplio del término, es decir, entendiéndose que no han de utilizarse ni técnicas de reproducción asistida ni tampoco cualquier otra técnica que permita la selección del sexo.

En segundo lugar, el Convenio establece “que no se puede elegir el sexo de la *persona que va a nacer*”. De acuerdo con el Código Civil español, sólo el nacimiento determina la personalidad y siempre que se que se haya producido el entero desprendimiento del seno materno.

Por consiguiente, el Convenio debería haber dicho que no se puede elegir el sexo de “LOS que van a nacer”.

En tercer lugar, en cuanto a la expresión “...*Que va a nacer*”. Debería de aclararse que se castigará la práctica de la selección de sexo cuando no existan motivos terapéuticos, tanto si la persona llega a nacer como si la persona, por otras circunstancias, no hubiera llegado a nacer – por ejemplo, si se produjera un aborto espontáneo-, en cuyo caso hubiera habido una selección de sexo pero con resultado cortado.

En cuarto lugar, hemos de hacer referencia a la finalidad exigida a la hora de seleccionar el sexo: “*para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo*”. Aunque no se dice, expresamente, en este artículo del Convenio podríamos llegar a entender que no se prohibiría la selección de sexo por motivos terapéuticos en dos situaciones:

Primera: Si es para evitar que nazca una persona que pueda PADECER una enfermedad hereditaria grave ligada al sexo.

Estaríamos ante supuestos de enfermedades dominantes ligadas al cromosoma X, que tienen, principalmente, tres características singulares: a) Que todas las hijas de los varones afectados estarán afectas pero no así los hijos varones; b) Una mujer heterocigota afectada transmitirá el rasgo a la mitad de sus hijos, estando igualmente afectados los varones y las mujeres; c) En promedio, habrá doble número de mujeres afectadas que de varones.

En definitiva, en este supuesto se podría elegir el sexo varón y, de esta manera, asegurarse que no naciera una hija que padeciera dicha enfermedad. Es decir, se tiene la posibilidad de elegir entre un embrión masculino sano y un embrión femenino enfermo, por lo que sería lógico elegir el de sexo masculino por ser el sano.

Segunda: Cuando sea para evitar que nazca una persona PORTADORA de una enfermedad aunque, realmente, no sepamos si la desarrollará.

Son casos de enfermedades recesivas ligadas al cromosoma X, por ejemplo, la Distrofia Muscular de Duchenne, que se caracteriza porque: a) Afecta a los varones fundamentalmente; b) Un varón afecto no tendrá hijos varones afectados, sin embargo, sus hijas serán portadoras; d) Un individuo afecto proviene de padres normales, siendo la madre portadora; e) El 50% de las hermanas de un varón afecto serán portadoras como su madre; f) Los hermanos varones de un afecto no transmitirán la enfermedad a sus descendientes; g) La posible unión de un padre enfermo y una madre portadora hace posible la enfermedad en las mujeres.

Ante este tipo de herencia sabemos que un individuo afecto tendrá hijos varones sanos y no portadores de la enfermedad y sus hijas serán sanas pero portadoras. El hecho de que la hija sea portadora de una enfermedad no significa que esté enferma, puesto que puede no desarrollar la enfermedad. En tal situación, se entiende que se podría permitir la selección del sexo masculino para no transmitir un futuro problema a su descendencia. Decimos “futuro” porque el que solicita un diagnóstico preimplantacional es un varón que no tendrá hijos enfermos, sino hijas portadoras o hijos no portadores. En otras palabras, estamos ante un supuesto en que la enfermedad no se va a producir en ningún caso en la generación inmediata, sino que puede producirse quizás en generaciones posteriores.

Este supuesto está admitido por la legislación española, puesto que considera infracción muy grave la selección de sexo con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados, sin embargo, permite directamente la realización del diagnóstico preimplantacional para detectar enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo postnatal, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembriones no afectados, para su transferencia. En definitiva, puesto que no se especifica si la enfermedad ha de padecerla el hijo de la persona que lo solicita, cabría interpretar que puede admitirse directamente aquél diagnóstico para la selección

de sexo respecto de supuestos en los que la enfermedad a evitar no necesariamente vaya a ser padecida por el sujeto que, inmediatamente, va a nacer, que sería tan sólo portador, sino para evitar que nacieran generaciones futuras que pudieran padecer la enfermedad.

Desde el punto de vista ético, la selección de sexo por motivos terapéuticos podría estar justificada por su finalidad terapéutica. No obstante, si la selección de sexo es una técnica que puede llevarse a cabo de manera tan sencilla, no cabe duda que es cuestión de tiempo que se pueda llegar a permitir seleccionar el sexo por puro capricho de los progenitores lo que desde el punto de vista ético es algo criticable y por ello, se deberían poner límites a determinados comportamientos y prácticas.

B) Selección de sexo por motivos familiares no patológicos: ***Family Balancing***

Otra finalidad del diagnóstico preimplantacional sería su uso con el fin de seleccionar el sexo por motivos no terapéuticos. Se trata de un caso en el que la selección de sexo se presenta como un capricho de los progenitores ya que no está dirigida a combatir ningún tipo de patología relacionada con enfermedades ligadas al sexo.

Ante este planteamiento, caben dos alternativas: a) Posicionarse en contra de la selección de sexo sin motivos terapéuticos ya que la misma puede potenciar discriminaciones de tipo económico o puede provocar un desequilibrio poblacional o bien; b) Posicionarse a favor y recurrir a esta práctica en aquéllos países en los que no existan peligros de desequilibrio por razón de sexo, dando así prioridad al ejercicio del derecho a procrear que tienen las personas. Defendiendo esta opción se podría pensar en la posibilidad de seleccionar el sexo de un segundo hijo siempre que sea del sexo opuesto del primer hijo y siempre que se recurra a las técnicas de selección de gametos y no a la selección de embriones sanos.

En un plano ético no se plantean dilemas concretos referentes al estatuto jurídico del embrión, siempre que la solicitud se realice sobre la base de la elección de gametos. No obstante, aparecen otros problemas éticos que tiene que ver con la discriminación femenina, la discriminación económica o el desequilibrio demográfico.

Esta práctica queda totalmente prohibida en el derecho español al prohibir utilizar técnicas de asistencia a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos en que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo. Incluso, se considera como infracción muy grave la selección de sexo con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados, tal y como hemos visto anteriormente.

4.4. Terapia en el preembrión vivo in vitro

Otra de las posibles aplicaciones del diagnóstico preimplantacional sería la detección de una enfermedad o anomalía con el objeto de aplicar una técnica terapéutica al preembrión vivo *in vitro*, para curar o remitir los efectos de dicha enfermedad. En el hipotético supuesto de que hubiera una terapia embrionaria que aplicar, sería necesario, además, que los profesionales sanitarios cumplieran una serie de requisitos, entre los que se destacan: a) informar sobre los procedimientos, pruebas diagnósticas, y riesgos de la terapia propuesta, previamente a que haya consentido su aplicación; b) comprobar que se trata de patologías con un diagnóstico preciso, y que se ofrezcan posibilidades razonables de mejoría o curación; c) garantizar que la terapia no modifique los caracteres hereditarios no patológicos; d) garantizar que no se busque, con la terapia, la selección de los individuos o de la raza; e) proceder a la realización de la terapia en centros o establecimientos sanitarios autorizados y por equipos cualificados y dotados de los medios necesarios al efecto.

Finalmente, hay que tener en cuenta que, aún tratándose, a día de hoy, de un supuesto excepcional, puesto que la ciencia y la tecnología todavía no han llegado a esos extremos – curar patologías en preembriones *in vitro* –, sería un caso permitido por la ley pero requeriría la autorización de la Autoridad Sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

4.5. Investigación y experimentación en embriones humanos in vitro

Otra de las aplicaciones que puede tener el diagnóstico preimplantacional puede ser la selección de aquellos embriones que no son adecuados para la reproducción por detectarse en ellos alguna anomalía y por tanto, podrían ser utilizados para investigar. De hecho, para perfeccionar las técnicas de reproducción asistida, así como de los diferentes diagnósticos genéticos predictivos es necesario seguir investigando, y en muchos casos utilizar, gametos y preembriones *in vitro*. Estos preembriones que serán destinados a la investigación pueden tener diferente procedencia:

- A) Embriones no considerados aptos para la reproducción a la vista de los resultados del diagnóstico preimplantacional. La normativa española considera que los embriones humanos que hayan perdido su capacidad de desarrollo biológico, así como los embriones o fetos humanos muertos, podrán ser donados con fines de investigación biomédica u otros fines diagnósticos o terapéuticos.
- B) Embriones sobrantes: viables en muchas ocasiones y obtenidos de parejas que acuden a la fecundación *in vitro*. Esta situación se produce porque está permitido legalmente crear más embriones de los necesarios para una transferencia, con el fin de disponer de aquéllos para sucesivos intentos.

- C) Embriones gaméticos: La creación de estos embriones con el propósito directo de investigar con ellos y, por tanto, con la intención de no destinarlos a la procreación queda expresamente prohibida en el Convenio de Biomedicina.
- D) Embriones creados por técnicas de clonación es decir, por transferencia del núcleo de una célula somática de un individuo a un óvulo humano, con propósito de investigar con ellos²⁰. Hay quien considera que esta técnica no plantea ningún tipo de problema ético puesto que no se trata de embriones, al no ser de origen gamético, es decir, cuando un óvulo es fecundado por un espermatozoide, sino somático, es decir cuando el núcleo proviene de una célula somática, no reproductora, pues al óvulo en el que se aloja le ha sido extraído previamente el suyo propio.

En definitiva, es importante distinguir la procedencia de los embriones porque los planteamientos éticos varían según los mismos.

Conclusiones

De acuerdo con lo presentado, podemos alcanzar algunas conclusiones relativas a diferentes aspectos: en primer lugar, en relación con la transferencia a la mujer de embriones con anomalías cuando ésta lo solicita, no dejaría de ser un contrasentido, puesto que si la pareja recurre a técnicas de reproducción asistida es con la intención de tener hijos sanos, de lo contrario, sería lógico tener hijos de manera natural y someterse a los diagnósticos genéticos prenatales.

²⁰ LACADENA, Juan-Ramón, “¿Un paso adelante hacia la clonación humana con fines terapéuticos?”, An. Real Acad. Farm. Vol 79, N.º 2, 2013, p. 241-252.

En segundo lugar, el diagnóstico preimplantacional es una herramienta de la medicina preventiva y predictiva pero hemos de tener cuidado porque en algunos casos se utiliza como un sistema de criba entre embriones sanos y enfermos o bien entre embriones sanos pero seleccionando el que no tenga una predisposición a una enfermedad. Esta selección embrionaria fomenta la eugenesia la cual con el tiempo está teniendo gran aceptación social. Por todo ello, hemos de detenernos a reflexionar no sólo desde el punto de vista jurídico sino también ético.

En tercer lugar, el principal objetivo de este diagnóstico ha de ser el de proporcionar una solución a los problemas reproductivos de las parejas y fomentar el derecho a la salud de aquellos seres que van a nacer. Además, teniendo en cuenta que es uno de los procedimientos médicos que ha experimentado más desarrollo en los últimos años, sería interesante que se desarrollasen a la vez líneas de investigación destinadas a aplicar terapias embrionarias. De esta manera, se solucionarían problemas éticos y jurídicos que plantea los diferentes usos de este diagnóstico ya que en muchas ocasiones se destruyen embriones.

Bibliografía²¹

ABELLÁN F. *Selección genética de Embriones: entre la libertad reproductiva y la eugenesia*, Granada: Editorial Comares; 2007.

²¹ Otras publicaciones elaboradas por el equipo de investigación al que pertenece la autora son: Armaza, “El uso de las tecnologías convergentes como medidas de seguridad dispuestas...”, *Biotechnología y tecnologías convergentes*, Comares, 2016; De Miguel Beriaín, “Human dignity and gene editing, EMBO Reports, 2018, (e46789); Armaza, “La protección penal de la salud pública frente a las crisis o emergencias biológicas”, *El Derecho frente al bioterrorismo y otras amenazas biológicas*, Comares, 2018; Atienza/Armaza, *El dopaje en el Derecho Deportivo actual*, Reus, Madrid, 2016; Atienza, “Dopaje y enfermedad mental...”, *Direito Biomédico II Espanha*, PUCMINAS, 2013; Atienza “Gestión democrática de la diversidad cultural... *Gestión de la diversidad cultural en las sociedades contemporáneas*, Tirant lo Blanch, 2014; Atienza, “El tratamiento jurídico del dopaje: de la Declaración de Lausana de 1999 a la Ley Orgánica de 2013”, *Rev Española de Dº Deportivo*, Núm. 32, 2013; Atienza, “La protección de los derechos fundamentales del deportista en la lucha contra el dopaje”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 140, UNAM, 2014; Atienza, “Algunas consideraciones sobre la protección de datos en el tratamiento de muestras biológicas ...”, *Ius et Scientia*. Núm. 2, Vol. 3, 2017.

- ARANGO RESTREPO, P.; SÁNCHEZ ABAD, P.; PASTOR L., “Diagnóstico genético preimplantacional y el “bebe medicamento”, *Cuadernos de Bioética*, 2012, 23.
- CARVALHO GONÇALVES ELER; MIRANDA RAMOS; PIRES DE OLIVEIRA, *Diagnóstico genético pré-implantação (DGP): uma eugenia mascarada?*, *Revista Iberoamericana de Bioética*, Núm. 9, 2019.
- DELGADO, S.; BANDRÉS, F.; LUCENA, J, et al. *I. Tratado de Medicina Legal y Ciencias Forenses*. Barcelona: Bosch; 2011.
- EMALDI CIRIÓN, Aitziber, “El derecho al libre desarrollo de la personalidad y la libertad reproductiva», *Derecho y pobreza*, Álvarez Vélez, María Isabel Rey Pérez, José Luis (Directores), Editorial Aranzadi – Thomson Reuters[1], Cizur Menor, España, 2015 (Parte IV, Capítulo 8) .
- EMALDI CIRIÓN, Aitziber, “Aproximación a un estudio jurídico y ético de la medicina genética predictiva”, *Revista Iberoamericana de Bioética*, Número 3, *Revista Iberoamericana de Bioética*, Ed. Universidad Pontificia Comillas, 2017.
- EMALDI CIRIÓN, Aitziber, “Diagnóstico preimplantatorio” y “Diagnóstico prenatal”, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Granada, Ed. Comares, 2011.
- EMALDI CIRIÓN, Aitziber, “La diagnosi genetica preimpianto tra normativa e giurisprudenza”, (n.º 6/2017 della Collana “Marpocopo. Percorsi di diritto pubblico interno e comparato lungo i confini disciplinari”, diretta da S. Prisco) R. FATTIBENE (a cura di), Napoli: Editoriale Scientifica, 2017, p. 1-332.
- GARCÍA MOYANO, Loreto; PELLICER GARCÍA, Begoña; BUIL TRICAS, Begoña; JUÁREZ VELA, Raúl; GUERRERO PORTILLO, Sandra; ANTÓN SOLANAS Isabel, “Bioethical analysis of the generation of saviour sibling”, *Rev. Bioética y Derecho*, no. 36, Barcelona, 2016.
- JIMÉNEZ GONZÁLEZ, Joaquín, “Marco legal Internacional y conflicto ético del diagnóstico genético preimplantacional y las nuevas técnicas de donación mitocondrial, *Ius et Scientia*, Revista electrónica de derecho y ciencia, Vol, 2, No. 2, 2016.
- LACADENA, Juan-Ramón, “¿Un paso adelante hacia la clonación humana con fines terapéuticos?”, *An. Real Acad. Farm.* Vol 79, N.º 2, 2013.
- NICOLÁS JIMÉNEZ, Pilar, “Aspectos éticos y jurídicos”, *Cáncer Hereditario*, 3.ª ed, Madrid: Sociedad Española de Oncología Médica, 2019.
- KAISER, Matthias. “El principio de precaución y su importancia para la ciencia”, *Ética de la BioTecnología. Una introducción*, Granada: Editorial Comares, 2010.
- DIAS PEREIRA, André Gonçalo, “Responsabilidade Civil: o Médico entre o Público e o Privado”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol 89, 2013, Coimbra, 2014.
- MARCOS DEL CANO, Ana María, El derecho a la salud desde el punto de vista ético-jurídico, *Ius et Scientia*, *Revista electrónica de derecho y ciencia*, Vol, 2, No. 2, 2016.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Kenia; REYES MARTÍNEZ, Idania María; FLORES SÁNCHEZ, Rosa María; MÉNDEZ VIDAL, Jatdielys, Factores clínico-terapéuticos y su relación con la calidad embrionaria en pacientes sometidas a fertilización *in vitro*, *Rev Cubana Endocrinología*, Vol. 28, No. 1, Ciudad de la Habana, Ene.-Abr., #2017.

**IGUALDAD, DIVERSIDAD Y DERECHOS HUMANOS:
EL DESAFÍO DE CONSTRUIR UNA SOCIEDAD INCLUSIVA¹
EQUALITY, DIVERSITY AND HUMAN RIGHTS:
THE CHALLENGE OF BUILDING AN INCLUSIVE SOCIETY**

Inmaculada Vivas Tesón

Universidad de Sevilla

<https://orcid.org/0000-0002-4922-7965>

Resumen: Todos somos naturalmente diferentes pero jurídicamente iguales. En consecuencia, no puede permitirse ninguna mutilación de derechos humanos y libertades fundamentales en función de una inadmisibles jerarquía o clasificación de personas. La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (Nueva York, 2006) ha tenido que recordar al mundo entero que todos, sin excepción alguna, somos iguales en derechos humanos y libertades fundamentales, también, cómo no, la ciudadanía con discapacidad. En este estudio se destacan los logros alcanzados y los retos pendientes en materia de discapacidad, así como el nacimiento de un nuevo derecho humano: la accesibilidad al ejercicio efectivo de los derechos y libertades.

¹ Este trabajo se incluye entre los resultados del proyecto de investigación “Discapacidad, Enfermedad Crónica y Accesibilidad a los Derechos” (DER2016-80138-R) del Ministerio de Economía y Competitividad, así como del Grupo de Investigación SEJ617 “Nuevas dinámicas del Derecho privado Español y Comparado”.

Palabras Clave: Diversidad; Igualdad jurídica; Derechos humanos; Discapacidad; Sociedad inclusiva.

Abstract: We are all naturally different but legally equal. As a result, no violation of human rights and fundamental freedoms can be allowed on the basis of an inadmissible hierarchy or classification of persons. The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (New York, 2006) has had to remind the whole world that everyone, without exception, is equal in human rights and fundamental freedoms, including, of course, citizenship with disability. This paper highlights the achievements and the remaining challenges regarding disability, as well as the emergence of a new human right: accessibility to the effective exercise of rights and freedoms.

Keywords: Diversity; Legal equality; Human rights; Disability; Inclusive society.

Introducción

En una sociedad repleta, hasta la saciedad, de etiquetas, dicotomías, estereotipos, categorías y encasillamientos como lo es, sin duda, la nuestra, en la cual el valor de una persona se basa, fundamentalmente, en su aspecto exterior y en su capacidad productiva, “diverso” parece ser sinónimo de “peor” o de “inferior”.

Sin embargo, ser diferente no es negativo. Todos somos diferentes porque cada ser humano es único e irreplicable. No existen dos personas iguales porque la diversidad es, sencillamente, un hecho natural. Además, diferente ¿de quién? ¿Cuál es el patrón o modelo que ha de tomarse como referencia y quién lo establece?

Lo diverso no puede ser considerado un problema para la colectividad, sobre la cual recae la incómoda y pesada losa o carga de

tener que ocuparse de él. Ello conduce a la intolerancia y discriminación y, por consiguiente, a la marginación y exclusión. Con suma frecuencia, se transmite (o se quiere transmitir) una idea equivocada acerca de la diversidad. No es más que de una visión tremendamente miope de la realidad.

Claro lo anterior, la premisa de la que debemos partir es que todos somos naturalmente diferentes pero jurídicamente iguales. El principio de igualdad entre seres humanos no implica negar a la persona sus características propias que la hacen diversa de las demás, sino afirmar que todas las personas, sin excepción, tenemos los mismos derechos y libertades. En consecuencia, no puede permitirse ninguna privación o mutilación de derechos humanos y libertades fundamentales en función de una inadmisibles jerarquía o clasificación de personas.

Así las cosas, todos somos diferentes pero todos tenemos exactamente los mismos derechos. Es algo tan obvio que, confieso, me da cierto pudor plasmarlo por escrito, pero me veo obligada a ello porque, con demasiada frecuencia, la realidad cotidiana nos enseña que no siempre es así: parece que existen personas de primera y de segunda clase. El respeto a la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la justicia no varía en función del color, raza, sexo, religión, edad, capacidad, etc. de una persona. Son derechos humanos de la persona y nada más. El acento ha de ponerse siempre sobre la persona, no sobre sus características.

1. Igualdad, diversidad e inclusión: una cuestión de derechos humanos

La norma internacional, Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (Nueva York, 2006), ha tenido que recordar al mundo entero que todos, sin excepción alguna,

somos iguales en derechos humanos y libertades fundamentales, también, cómo no, la ciudadanía con discapacidad. Su objetivo no es reconocer ningún derecho nuevo a las personas con diversidad funcional (o puede que sí, uno: el derecho a la accesibilidad universal – no sólo arquitectónica, en la cual solemos pensar únicamente –, esto es, al ejercicio accesible y efectivo de todos los derechos de los que la persona es titular para tener una vida completa e independiente, el derecho a elegir su recorrido vital, incluido el derecho a equivocarse, el cual todos tenemos²), sino garantizar el pleno goce de los derechos y libertades. La persona ha de ser independiente, autónoma en la toma de decisiones. Sólo así se da cumplimiento no sólo a lo dispuesto a la célebre “estrella polar” de la Convención, su art. 12, sino, junto a éste, otro precepto que, a mi juicio, es igualmente crucial y por ello no tiene sentido uno sin el otro, el 19 y su reconocimiento al derecho a una vida independiente e inclusiva en la comunidad. Se trata ésta de una disposición normativa transversal y, por ello, íntimamente interrelacionada con las restantes contenidas en el Tratado de Nueva York, pese a lo cual, extrañamente, no suele prestársele tanta atención como al art. 12. El citado art. 19 se basa en el principio fundamental de derechos humanos de que todos los seres humanos nacen iguales en dignidad y en derechos y todas las vidas tienen el mismo valor, como señala la Observación general núm. 5 (2017) del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad³, la cual enfatiza dicho derecho tanto en su dimen-

² En mi modesta opinión, la accesibilidad se erige como un nuevo derecho de la personalidad. La no accesibilidad a los derechos es una flagrante violación de la dignidad humana, puesto que si los derechos reconocidos a todas las personas sin excepción no pueden disfrutarse plena y efectivamente no puede vivirse una vida digna.

³ <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx>

sión individual⁴ como social de plena inclusión y participación en aquélla⁵. El derecho consagrado en el art. 19 CDPD, como señala la citada Observación general n.º 5, abarca ambas dimensiones.

Dicho Instrumento ha conllevado, sin lugar a dudas, un cambio paradigmático de actitud y enfoque respecto de la discapacidad a nivel mundial⁶. Se mira la discapacidad con otros ojos. La Convención

⁴ Para la citada Observación general n.º 5, vida independiente significa “*que las personas con discapacidad cuenten con todos los medios necesarios para que puedan tomar opciones y ejercer el control sobre sus vidas, y adoptar todas las decisiones que las afecten. La autonomía personal y la libre determinación son fundamentales para la vida independiente, incluidos el acceso al transporte, la información, la comunicación y la asistencia personal, el lugar de residencia, la rutina diaria, los hábitos, el empleo digno, las relaciones personales, la ropa, la nutrición, la higiene y la atención de la salud, las actividades religiosas y culturales, y los derechos sexuales y reproductivos. Las siguientes actividades están vinculadas al desarrollo de la identidad y la personalidad de cada individuo: dónde vivimos y con quién, qué comemos, si nos gusta dormir hasta tarde o acostarnos a altas horas de la noche, si preferimos quedarnos en casa o salir, si nos gusta poner mantel y velas en la mesa, tener animales domésticos o escuchar música. Tales acciones y decisiones nos hacen ser quienes somos. La vida independiente es una parte esencial de la autonomía y la libertad de la persona y no significa necesariamente vivir solo. Tampoco debe interpretarse únicamente como la capacidad de llevar a cabo actividades cotidianas por uno mismo. Por el contrario, debe considerarse como la libertad de elección y de control, en consonancia con el respeto de la dignidad inherente y la autonomía individual consagradas en el artículo 3 a) de la Convención. La independencia como forma de autonomía personal implica que la persona con discapacidad no se vea privada de la posibilidad de elegir y controlar su modo de vida y sus actividades cotidianas*”.

⁵ Según la Observación general n.º 5, “*el derecho a ser incluido en la comunidad se refiere al principio de inclusión y participación plenas y efectivas en la sociedad consagrado, entre otros, en el artículo 3 c) de la Convención. Incluye llevar una vida social plena y tener acceso a todos los servicios que se ofrecen al público, así como a los servicios de apoyo proporcionados a las personas con discapacidad para que puedan ser incluidas y participar plenamente en todos los ámbitos de la vida social. Esos servicios pueden referirse, entre otras cosas, a la vivienda, el transporte, las compras, la educación, el empleo, las actividades recreativas y todas las demás instalaciones y servicios ofrecidos al público, incluidos los medios de comunicación social. Ese derecho también incluye tener acceso a todas las medidas y acontecimientos de la vida política y cultural de la comunidad, entre otras cosas reuniones públicas, eventos deportivos, festividades culturales y religiosos y cualquier otra actividad en la que la persona con discapacidad desee participar*”.

⁶ En el ámbito de la discapacidad, se percibe, claramente, la reciente “humanización” que están experimentando los legisladores internacionales, europeos y nacionales, como señalábamos en VIVAS TESÓN, Inmaculada. Retos actuales en la protección jurídica de la discapacidad. *Revista Pensar*, v. 20, n.º 3, 2015, p. 825 (<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/4110>).

advierte a España y a los restantes Estados así como a las Organizaciones supranacionales (entre ellas, la Unión Europea⁷) firmantes que el único abordaje que puede hacerse de la discapacidad es desde los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona⁸. Con este Tratado internacional se ha establecido un marco normativo mundial para orientar las políticas y legislaciones nacionales de los Estados que lo han ratificado con el fin de lograr construir una sociedad inclusiva en la que ninguna persona se encuentre apartada, despreciada, privada, sin justificación alguna, de su plena ciudadanía.

En relación a las personas con discapacidad (o, mejor, en positivo y plural, diversidades funcionales o capacidades diferentes), son múltiples los factores que impiden hablar de su plenitud de derechos y libertades como ciudadanía y, por tanto, es absolutamente necesario intensificar las energías y redoblar los esfuerzos para acabar con la desinformación, la mirada hacia el otro lado y, en definitiva, la discriminación y la marginación. La diversidad funcional no puede ser asumida, bajo ningún concepto ni pretexto, como un criterio estigmatizador y de aislamiento de la persona. La inclusión⁹ de las personas diversamente capaces como ciudadanas y ciudadanos de pleno derecho en igualdad de oportunidades es una labor que compete a toda la

⁷ La Unión Europea ratificó la Convención en el año 2011, siendo la primera vez que dicha organización supranacional llega a ser parte de un Tratado internacional.

⁸ Así lo subraya MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos. *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*. Cizur menor (Navarra): Aranzadi, 2014, p. 22.

⁹ Como señala el Informe “Estado mundial de la Infancia 2013: niños y niñas con discapacidad” de UNICEF (https://www.unicef.org/spanish/sowc2013/files/SPANISH-SOWC13-Ex_Summary_Lo-res_web.pdf), “la inclusión va más allá de la integración. Por ejemplo, en la esfera educativa, la integración significaría, sencillamente, admitir a los niños y niñas con discapacidad en las escuelas ‘generales’. La inclusión, sin embargo, solo es posible cuando el diseño y la administración de las escuelas permiten que todos los niños y las niñas participen juntos de una educación de calidad y de las oportunidades de recreación. Esto supondría proporcionar a los estudiantes con discapacidad facilidades como acceso al sistema braille y al lenguaje de señas, y adaptar los planes de estudios”.

sociedad, por ello que sea necesaria una mayor concienciación y compromiso para eliminar todas las barreras físicas, culturales, económicas, de actitud, de comunicación y de movilidad que lo impiden.

En 2018 hemos conmemorado el décimo aniversario de la entrada en vigor de la Convención en el ordenamiento jurídico español. En 2008¹⁰ la Convención conseguía despertarnos, sacudirnos, hacernos reaccionar ante una realidad existente pero, hasta entonces, invisible, pues las personas con discapacidad eran encerradas¹¹ en las casas, manicomios o cárceles (en las que aún permanecen, indebidamente, muchas de ellas). Ahora, gracias a dicho Tratado internacional, son visibles, visibilidad que, lamentablemente, está llevando aparejado un incremento de los delitos de odio por discapacidad, la disfobia¹² contra la cual debemos poner todo nuestro empeño para erradicarla completamente a través de una única herramienta: la educación en igualdad.

En estos diez años se han realizado considerables progresos en la implementación de dicho Tratado internacional en nuestras normas, estrategias y políticas, pero queda aún un largo camino por recorrer en su correcta interpretación, grado de cumplimiento y desarrollo normativo. Lamentablemente, persisten numerosos escollos tanto de hecho como jurídicos; se siguen produciendo, sistemáticamente, vulneraciones de derechos.

¹⁰ Instrumento de ratificación de 23 de noviembre de 2007, publicado en el BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008 y con entrada en vigor el 3 de mayo de 2008.

¹¹ En este sentido afirma PAU PEDRÓN, Antonio. “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil”, en *Revista de Derecho civil*, 2018, vol. V, núm. 3, p. 6: “La situación de las personas con alteraciones intelectuales ha sido vista por el Derecho, hasta tiempos recientes, como un problema que afectaba a la sociedad y que había que resolver drásticamente: sacándolas fuera de ella”.

¹² Según el Informe anual del Ministerio del Interior, en 2015 se produjeron 226 incidentes relacionados con la discapacidad, mientras que en 2016 fueron 262, experimentándose, por tanto, un incremento del +15,9%. En 2016, la discapacidad ocupa el segundo lugar entre las distintos contextos establecidos en el Sistema Estadístico de Criminalidad, tras el de “racismo y xenofobia” (<http://www.interior.gob.es/documents/10180/5791067/ESTUDIO+INCIDENTES+DELITOS+DE+ODIO+2016.pdf/c5ef4121-ae02-4368-ac1b-ce5cc7e731c2>).

2. Logros alcanzados en materia de derechos humanos y discapacidad

Conforme a los principios, valores y mandatos contenidos en dicho Tratado internacional, se han producido significativos avances e importantes conquistas en la inclusión y plena ciudadanía de las personas con diversidad funcional (cuatro millones de la población española¹³, si bien es preciso destacar que las estadísticas en materia de discapacidad son, a día de hoy, una asignatura pendiente¹⁴) y siguen suscitándose importantes cambios jurídicos y de políticas públicas no sólo en nuestro país, sino también en todos los Estados y organizaciones signatarios de este primer gran Tratado del sistema universal de derechos humanos del Siglo XXI.

Los legisladores, gobernantes, operadores jurídicos, medios de comunicación y, en general, toda la ciudadanía, desde sus respectivas responsabilidades profesionales, funciones, prácticas y, muy

¹³ Los únicos datos estadísticos oficiales de los cuales disponemos en España son los de la Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (conocida como EDAD) del Instituto Nacional de Estadística, publicada en noviembre de 2008 (si reparamos en la fecha, es más que probable que las cifras se hayan incrementado en estos años), conforme a la cual en nuestro país, alrededor de un 8,5% de la población, esto es, más de 3,8 millones de personas residentes en hogares españoles, por sexo, más de 2,30 millones de mujeres frente a 1,55 de hombres (puede consultarse en www.ine.es/prensa/np524.pdf).

¹⁴ Consciente de ello y para materializar el mandato del art. 31 de la Convención, el cual obliga a los Estados parte a la recopilación de datos y estadísticas sobre discapacidad, que les permita formular y aplicar políticas públicas en este dominio, el Instituto Nacional de Estadística llevará a cabo cinco grandes operaciones estadísticas sobre distintos aspectos de la realidad social de la discapacidad en España a lo largo del año 2019, según el Plan Estadístico Nacional 2017-2020 para dicho ejercicio, aprobado por el Real Decreto 1518/2018, de 28 de diciembre (publicado en el BOE núm. 314, de 29 de diciembre). Asimismo, es reseñable que la Ley Orgánica 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género (publicada en el BOE núm. 314, de 29 de diciembre) haya previsto que la información estadística sobre víctimas de violencia de género incluya la variable de discapacidad, tanto en las mujeres como en los menores de edad que sufren este tipo de violencia. De esta manera, la información estadística obtenida sobre delitos de violencia machista deberá poder desagregarse con un indicador de discapacidad de las víctimas, estableciéndose un registro de los menores víctimas de violencia de género con discapacidad.

especialmente, actitudes personales, deben tomar conciencia de la realidad existencial diaria de las personas con discapacidad y del enfoque de derechos humanos que preconiza la Convención, el cual debe callar profundamente en todos los ámbitos de la sociedad.

Y ello comienza por algo tan simple como es la utilización de un lenguaje adecuado y respetuoso. Las palabras demuestran cultura, grado de civilización, modo de pensar, respeto. No se trata de un mero lenguaje políticamente correcto. No es algo banal. Cambiemos el lenguaje y cambiaremos el mundo.

El legislador español, afortunadamente, se ha dado cuenta de ello y ha señalado cuáles son, en el entorno de la discapacidad, las palabras a usar y cuáles a desterrar para siempre. De este modo, nuestro Derecho ha experimentado en los últimos años una evolución terminológica en la materia y, así, ya la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, lleva por rúbrica *“Protección patrimonial de las personas con discapacidad”* (no *“discapacitadas”*), estableciendo en la Disposición Adicional 8.^a de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de 2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia, que las referencias contenidas en los textos normativos a los *“minusválidos”* y a las *“personas con minusvalía”*, se entenderán realizadas a *“personas con discapacidad”* (si se nos permite el símil, como en el procesador de texto la utilización de “buscar” y “reemplazar”), y que dicho término será el utilizado para denominarlas en las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas.

“Discapacidad” ha sido también el término empleado en la Convención ONU, en cuyo Preámbulo se reconoce que *“(e) ...es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*.

De este modo, en un proceso de adecuación terminológica y conceptual de las normas reguladoras de la discapacidad, conforme al mandato de la citada Disposición Adicional 8.^a y a la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF-2001) de la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS), el RD. 1856/2009, de 4 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, y por el que se modifica el RD. 1971/1999, de 23 de diciembre, sustituye el término “*minusvalía*” por el de “*discapacidad*”, y las referencias que en el RD. 1971/1999 se realizaban hasta ahora a “*grado de discapacidad*” se sustituyen por “*grado de las limitaciones en la actividad*”. Por consiguiente, debemos desterrar, por completo, de nuestro lenguaje el término peyorativo “*minusvalía*”.

Como puede observarse, el foco de atención se centra en la persona y no en su condición, la cual viene después y con carácter accesorio. Conforme a ello, discapacitado como sustantivo no debe utilizarse, pues confunde una parte con el todo. Como antes señalé, somos muy dados a etiquetar, a encasillar, a clasificar.

En este sentido, algunas normas han optado por cambiar la denominación de “*procedimiento de incapacitación judicial*” por el de “*procedimiento de modificación judicial de la capacidad*”¹⁵, el cual, según el reciente Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de septiembre de 2018 (el cual ya no verá la luz en la presente legislatura como consecuencia de la convocatoria de elecciones y la consiguiente disolución

¹⁵ La expresión “*personas con capacidad modificada judicialmente*” ya es utilizada, entre otras normas, por el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil y por el Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos.

de las Cámaras) pasaría a ser el “*procedimiento de provisión de apoyos*”.

No obstante, el art. 49 de la Constitución Española de 1978 sigue aún conservando, lamentablemente, el término “*disminuidos*”: “*los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos*”, si bien el Consejo de Ministros ha aprobado el pasado mes de diciembre de 2018 un Anteproyecto de reforma constitucional para eliminar dicha horrible palabra.

Desde 2003, año europeo de la discapacidad¹⁶, nuestro legislador, a través de su Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, ha proporcionado diversas herramientas jurídicas tuitivas a favor de las personas con deficiencia, como, entre otras, la auto tutela, el patrimonio especialmente protegido, el poder preventivo o la sustitución fideicomisaria que grava la legítima estricta en favor de hijo con capacidad judicialmente modificada (eficaces mecanismos de protección pero aún, lamentablemente, muy desconocidos)¹⁷.

Además, a raíz de la ratificación por España de la Convención ONU y el compromiso, en consecuencia, asumido de adecuar nuestro Ordenamiento jurídico a los mandatos del citado Tratado internacional, se han ido promulgando, sucesivamente, varias normas: la Ley 26/2011, de 1 de agosto y el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de

¹⁶ Decisión del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, publicado en el DOUE núm. 335, de 19 de diciembre de 2001.

¹⁷ Para un estudio más detenido de tales instrumentos jurídicos, vid. VIVAS TE-SÓN, Inmaculada. *La dignidad de las personas con discapacidad: logros y retos jurídicos*. Madrid: Difusión jurídica, 2010, p. 113-177.

adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, así como Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social y la reciente Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones, según la cual, desde febrero de 2018, las personas con discapacidad ya pueden formar parte del jurado popular, lo que es conforme al art. 13 de la Convención.

Digna de reseña es una metedura de pata cometida por el legislador y que ha sido recientemente enmendada: la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria modificó la redacción del art. 56 del Código civil en los siguientes términos *“si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el secretario judicial, notario, encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”*, lo que suponía una clara discriminación contra las personas con discapacidad al contraer matrimonio. Tras la Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, el citado art. 56 del Código Civil pasa a tener el siguiente tenor literal: *“el Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas*

de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”.

Pese a las mejoras y avances en materia de derechos humanos y discapacidad, aún quedan algunas piezas del puzle sin encajar e importantes retos normativos por cumplir.

A mi entender, en Derecho español existe una clara disfunción o desajuste pues la imprescindible exigencia normativa de un reconocimiento formal de discapacidad con un grado mínimo del 33% no casa adecuadamente con la definición de discapacidad contenida en el art. 1, pfo. 2º de la Convención (*“las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*), de modo que la discapacidad no se presenta por deficiencias concretas de las personas, sino por diversas barreras que pueden ser sociales, físicas, actitudinales o jurídicas, lo que permite establecer como objetivo la eliminación de las barreras existentes de toda índole) y, por tanto, creemos que no se ajusta al modelo social de la misma como sí, en cambio, el art. 2.a) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, así como el art. 25 del Código penal en su redacción de 2015. Para mayor confusión, dicho certificado administrativo sigue exigiéndose para algunos actos jurídicos pero, en cambio, no para otros, como, por ejemplo, en la Ley de Propiedad Horizontal, que en su art. 10.1.b) reconoce automáticamente a los mayores de 70 años su condición de personas con discapacidad. A la vista de ello, me pregunto: hoy día, en el Ordenamiento español, ¿quién es, desde el punto de vista jurídico, una persona con discapacidad?

Por otra parte, han debido transcurrir diez años para afrontar la reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.

El pasado mes de septiembre de 2018 el Consejo de Ministros aprobó el ya citado Anteproyecto de Ley por la que se pretende acometer dicha reforma, la cual, con mejoras técnicas en su texto, confío en que muy pronto pueda ver la luz.

Entre los importantes pasos normativos dignos de reseña destaco uno muy reciente y anhelado: la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad¹⁸, mediante la cual y atendándose a una reivindicación social, se devuelve a unas cien mil personas un derecho del que habían sido incomprensiblemente por sentencia. Tras esta modificación legal, **a ninguna persona con discapacidad se le podrá retirar en el futuro el derecho de sufragio**, y quienes estuvieran en esta situación a su entrada en vigor lo recuperarán de modo automático, por mandato directo de la Ley (cuestión ésta, sin duda, controvertida en cuanto a la imprescindible separación de poderes).

Ante la pasividad o timidez de nuestro legislador para enmendar las injustas cortapisas a los derechos de las personas con discapacidad, es como si la Convención ONU, norma de nuestro Ordenamiento jurídico con fuerza vinculante, directamente aplicable y susceptible de ser invocada (así lo reconoce expresamente la Instrucción 1/2017, de 27 de marzo, de la Fiscalía General del Estado sobre la actuación del fiscal para la protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen de menores de edad con discapacidad ante los medios de comunicación audiovisual¹⁹), estuviera inexplicablemente excluida del célebre principio *iura novit curia*.

¹⁸ BOE núm. 294, de 6 de diciembre.

¹⁹ https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/INSTRUCION%201-2017%20%20PROTECCION%20IMAGEN%20MENORES%20CON%20DISCAPACIDAD.pdf?idFile=dbf8197e-058d-4934-bc68-c39a01a5cf38

Sólo algunos jueces y tribunales (a los que han de sumarse, por supuesto, otros operadores jurídicos) con cierta sensibilidad hacia los derechos de las personas con discapacidad han ido cambiando, a golpe de sentencia, la visión de las cosas en este ámbito. Y si bien debemos felicitarnos por ello, tampoco se nos oculta que el respeto de los derechos y la dignidad de la persona diversamente capaz se ha convertido en una auténtica “lotería judicial”, al depender de que toque un juzgador que conozca (e interprete adecuadamente, lo que no siempre sucede) o no una norma de tan profundo calado. La existencia de la persona con diversidad funcional y el respeto de sus derechos y libertades no puede quedar al albur de sensibilidades y buenas voluntades, sino del estricto cumplimiento de un mandato normativo. Ello no sólo provoca una enorme inseguridad jurídica, sino que, además, el daño ocasionado cuando se priva indebidamente a la persona de sus derechos, de su capacidad jurídica nombrándosele un representante que gobierne su vida en lugar de un mecanismo de apoyo o asistencia para la toma de decisiones personales y patrimoniales, incluso aunque con posterioridad dicha decisión judicial fuera revocada en segunda instancia, es irreparable.

3. Retos pendientes en la plena inclusión de las personas con discapacidad

Pese las conquistas alcanzadas en estos años, es innegable que aún faltan muchos retos que afrontar.

Siguen vulnerándose, a diario, los derechos inherentes a la persona, lo que es intolerable tras una década de vigencia del Tratado de Nueva York en nuestro país. Las personas con discapacidad viven, cotidianamente, con numerosos escollos o barreras que sortear: del entorno o físicas, actitudinales (por desinformación, indiferencia, prejuicios...) e institucionales (las discrimina-

ciones refrendadas legalmente así como la falta de cumplimiento efectivo de las disposiciones normativas). En cierto modo, seguimos la costumbre espartana de arrojar a las personas con discapacidad por el Monte Taigeto.

La educación inclusiva es, sin lugar a dudas, una asignatura pendiente²⁰. Para acabar con las prácticas de segregación escolar de estudiantes con discapacidad en centros de educación especial ante el duro informe que el Comité ONU que vela por los derechos de las personas con discapacidad emitió contra el Estado español por vulnerar el art. 24 de la Convención, el Gobierno ha anunciado que va a incorporar medidas de educación inclusiva del alumnado con discapacidad en el proyecto de reforma de la Ley Orgánica de Educación²¹.

Otro importante desafío es lograr que todos y cada uno de los entornos, productos, servicios y procedimientos reúnan condiciones de accesibilidad, presupuesto necesario para el goce efectivo y pleno de los derechos de los que, como el resto de la ciudadanía, son titulares las personas con discapacidad. Cuando los derechos son inalcanzables es evidente que existe una directa vulneración de los mismos y, en última instancia, están siendo negados. La accesibilidad al ejercicio de los derechos se erige como un nuevo derecho humano.

Al respecto he de subrayar que por accesibilidad no ha de entenderse sólo la física o arquitectónica, sino la universal, en la que se comprende, además, la sensorial y la cognitiva. En relación a esta

²⁰ Vid. CAMPOY CERVERA, Ignacio. "El derecho a una educación inclusiva de calidad", *Estudios y Comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*, GUILARTE MARTÍN-CALERO (dir.) y GARCÍA MEDINA (coord.), Cizur menor (Navarra): Aranzadi, 2016, p. 523-533.

²¹ Noticia publicada el 12 de enero de 2019 en el Diario El País (https://elpais.com/sociedad/2018/12/27/actualidad/1545917225_924744.html) y en Europa press (<https://www.europapress.es/epsocial/igualdad/noticia-son-medidas-alumnado-discapacidad-podrian-incluirse-reforma-educativa-20190112125006.html>).

última, concerniente a la supresión de barreras de comprensión y comunicación, creo esencial que en todas las normas en las cuales se regule el consentimiento informado se contemple que tanto la información previa como el proceso de prestación del consentimiento sean no sólo accesibles sino también comprensibles. Una buena fórmula legal que considero extrapolable a otras materias (por ejemplo, cesión de datos de carácter personal, en cuya Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, sin embargo, brilla por su ausencia) nos parece el art. 9.5º de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en su redacción dada por la de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad: “...*Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento*”²². Como puede comprobarse, en dicho tenor literal se contiene la obligación de prestar medidas de apoyo necesarias, haciéndose hincapié no sólo en la accesibilidad física sino también en la cognitiva.

²² Nos resulta curioso que la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad modificara también el art. 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad aunque no con idéntica redacción (“*Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas Administraciones públicas sanitarias: 2. ... La información deberá efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad*”), pasando por alto el art. 4.1, pfo. 3º de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica, el cual sigue manteniendo su redacción originaria por la que establece que la información que ha de proporcionarse a las personas con discapacidad con carácter previo al consentimiento se les prestará “*en condiciones y formatos accesibles apropiados a sus necesidades*”.

Por otra parte, al niño, niña y adolescente con diversidad funcional ha de prestársele mucha más atención. Debe respetarse su derecho a ser oído y escuchado²³ tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento que le afecte *ex art.* 9 de la Ley Orgánica 1/1996, precepto que ha recibido nueva redacción por parte de la reciente Ley Orgánica 8/2015²⁴; su derecho al ocio; su derecho a una vida sexual y reproductiva, reconocido en el art. 23 de la Convención

²³ En relación con el derecho a ser oído y escuchado, *vid.* art. 12 de la Convención ONU de los derechos del niño, art. 7.3 de la Convención ONU de los derechos de las personas con discapacidad, art. 24 de la Carta europea de los derechos fundamentales y, entre otros, arts. 92.6º, 154, 156 pfo. 2º, 158, 159, 177 y 178 del Código civil.

²⁴ La nueva redacción tiene el siguiente tenor literal: “1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración”.

de Nueva York pese a lo cual los niños y jóvenes con diversidad funcional suelen ser excluidos de los programas de salud sexual y de la reproducción y sobre el VIH/Sida y otras enfermedades venéreas al partirse de la premisa de que no son sexualmente activos. Ni siquiera se les proporciona información básica acerca de los cambios que experimenta su cuerpo o de cómo están expuestos a correr un mayor riesgo de sufrir abusos; también tienen, como los demás, el derecho a la identidad de género²⁵.

Un importante sector del colectivo de las personas con discapacidad es el de las mujeres, quienes presentan una problemática específica repleta de restricciones y limitaciones. En este sentido, en relación al problema de la violencia, se ha constatado que la confluencia de factores como el género y la discapacidad convierte a las mujeres con diversidad funcional en un grupo con grave riesgo de sufrir algún tipo de maltrato. En cuanto al derecho a la salud, la mujer con discapacidad encuentra numerosas barreras para acceder a la planificación familiar y a la asistencia a la reproducción.

El Dictamen exploratorio titulado “*La situación de las mujeres con discapacidad (SOC/579)*”, a solicitud del Parlamento europeo y aprobado en julio de 2018 por el pleno del Comité Económico y Social Europeo²⁶, comienza afirmando que las mujeres y las niñas con discapacidad, el 16% de la población femenina total de Europa, siguen sufriendo una discriminación múltiple e interseccional basada en su género y su discapacidad y, más adelante, recomienda que los Estados miembros de la Unión europea deben combatir la violencia contra las mujeres y las niñas con discapacidad adoptando, entre otras, medidas, la tipificación como delito de la violencia sexual y otros

²⁵ Para un estudio más detenido, VIVAS TESÓN, Inmaculada, “Niños y niñas con capacidades diferentes: el derecho de la persona a tomar sus propias decisiones”, *La Ley Derecho de Familia*, núm. 13, 2017, p. 14-29.

²⁶ Puede consultarse en <https://webapi.eesc.europa.eu/documentsanonymous/eesc-2018-01639-00-00-ac-tra-es.docx>

tipos de violencia contra las mujeres y las niñas con discapacidad, incluido el fin de la esterilización forzada.

Al respecto, según datos del Consejo General del Poder Judicial (2010-2016), cada año se autorizan judicialmente en España un centenar de esterilizaciones a niñas, adolescentes y mujeres adultas con diversidad funcional intelectual o psicosocial²⁷ y capacidad modificada²⁸, consideradas socialmente “no aptas” para ser madres, bajo el pretexto claramente paternalista de su bienestar y salvaguarda de sus intereses, en definitiva, para que, supuestamente, vivan una vida mejor²⁹.

La iniciativa, a veces, parte de los padres, tutores o guardadores de la mujer obedeciendo a razones de comodidad o egoísmo (en algunos casos, justificadas por el abandono a su suerte por parte de la sociedad en general), pero, en otras ocasiones, las esterilizaciones forzosas por razón de discapacidad se llevan a cabo porque desde el entorno socio-sanitario (por ejemplo, para acceder a un determinado centro o institución) se aconseja a la familia adoptar dicha medida.

²⁷ La cifra anual es estimada, puesto que en esta materia no existe transparencia estadística.

Según CERMI, en España se resolvieron judicialmente 140 casos de esterilización forzada en 2016, sin que sea posible conocer la resolución final de cada procedimiento y sin que se pueda saber la incidencia en mujeres y hombres. A este respecto, ha de señalarse que la esterilización forzada tiene un indiscutible sesgo de género, pues es muy inferior en el caso de los hombres con diversidad funcional, por ello que nos centremos en las mujeres.

²⁸ Durante muchos años en España se ha acudido al procedimiento de incapacitación judicial (hoy, de modificación de la capacidad) con el único objetivo de esterilizar una niña, adolescente o mujer adulta con diversidad funcional para eliminar el riesgo de embarazo.

²⁹ Ha de tenerse en cuenta que existe también un número indeterminado de mujeres con discapacidad que son esterilizadas sin sentencia judicial, puesto que, con carácter previo, han prestado, por escrito (conforme a lo dispuesto por el art. 8.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica) su consentimiento por el cual se supone que entienden y aceptan el motivo de la intervención quirúrgica. Es evidente que si el consentimiento no es informado, dicha práctica “voluntaria” resulta, igualmente, inadmisibles.

La esterilización coactiva suele llevarse a cabo en la primera menstruación de la adolescente para detener el ciclo y, así, facilitar el cuidado personal, cuando alcanza la mayoría de edad y empieza a relacionarse con otras personas, o bien tras el nacimiento de su primer hijo o hija.

Aunque la Convención ONU asegura que todas las personas con discapacidad son sujetos activos y titulares de derechos y, por tanto, tienen el derecho a participar en todos los ámbitos de la sociedad en igualdad de trato y condiciones con sus iguales sin discapacidad, a las niñas y mujeres con diversidad funcional se deniegan sus derechos humanos a través de diferentes prácticas³⁰, como cuando se las excluye sistemáticamente de los sistemas de atención a la salud sexual y reproductiva por considerarlas asexuales, cuando se les restringe la elección de métodos anticonceptivos voluntarios, la supresión menstrual, una deficiente atención durante el embarazo y en el parto, abortos coercitivos y la imposibilidad de ser madre.

El art. 39, letra b) del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 2011 (más conocido como el Convenio de Estambul) tipifica como delito cuando se cometa de modo intencionado *“el hecho de practicar una intervención quirúrgica que tenga por objeto o por resultado poner fin a la capacidad de una mujer de reproducirse de modo natural sin su consentimiento previo e informado o sin su entendimiento del procedimiento”*.

³⁰ Según el art. 6 de la Convención ONU de los derechos de las personas con discapacidad, *“1. Los Estados Partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención”*.

Además, otro instrumento internacional clave, la Convención de Nueva York, si bien no hace expresa alusión a la esterilización forzosa, sí impone el pleno respeto de los derechos de las mujeres con diversidad funcional, entre ellos, el derecho al igual reconocimiento de la persona ante la ley y a la capacidad jurídica (art. 12), a la integridad personal (art. 17), los derechos reproductivos (art. 23) y el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud (art. 25), lo que determina, sin duda alguna, un nuevo horizonte para la maternidad de la mujer diversamente capaz.

Conforme a dicho enfoque de derechos humanos, la esterilización forzosa ha sido uno de los puntos de incumplimiento de la Convención de Nueva York que el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad señaló al Estado español en sus observaciones finales al informe presentado por España, instándose a que suprimiera la esterilización sin el consentimiento, pleno y otorgado con conocimiento de causa del paciente³¹.

Pese a ello, en el Ordenamiento jurídico español sigue contemplándose la esterilización forzosa, en concreto, en nuestro Código penal, en el que debería introducirse la absoluta prohibición de su práctica. Lo curioso es que dicho Cuerpo legal se ha reformado recientemente, en concreto, en el año 2015³², pero, en mi opinión, al legislador le ha faltado la suficiente valentía para acabar, de manera definitiva, con esta flagrante mutilación de derechos que contraviene, sin lugar a dudas, la Convención de Nueva York.

³¹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Observaciones finales sobre el informe inicial de España, 19 de octubre de 2011 (CRPD/C/ESP/CO/1), párrafos 37 y 38, en las que el Comité instaba a España a que suprimiera la administración de tratamientos médicos, en particular la esterilización, sin el consentimiento, pleno y otorgado con conocimiento de causa, del paciente, y a que velara por que la legislación nacional respete especialmente los derechos reconocidos a las mujeres en los arts. 23 y 25 de la Convención ONU.

³² Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

El nuevo art. 156 CP, en relación al delito de lesiones, dispone que *“no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.*

No será punible – continúa el legislador penal – la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil”.

Como puede comprobarse, la esterilización involuntaria no es punible cuando se trate de una persona que no pueda prestar, *“de forma permanente”*, su consentimiento y *“se produzca un grave conflicto de bienes jurídicos protegidos”*, lo que, además de generar numerosas dudas interpretativas para los órganos judiciales por la indeterminación o vaguedad de tales expresiones (¿qué ha de entenderse por *“permanente”*?, ¿cuándo hay *“grave conflicto de bienes jurídicos protegidos”*?, ¿se aprecia dicho conflicto, en idénticas circunstancias de imposibilidad de prestar consentimiento, cuando lo protagoniza una mujer con discapacidad psíquica que cuando se trata de un hombre, quien no padecerá las consecuencias de un embarazo, una gestación ni un parto?¿en qué casos el Juez ha de entender justificada y no punible la esterilización coactiva a efectos

de autorizarla?)³³, a mi entender, no va de acuerdo ni con los principios ni con el espíritu ni con el cambio de paradigma que implica el Tratado de Nueva York.

Bibliografía

- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis. “La esterilización de discapacitadas psíquicas en el proyecto de reforma del Código Penal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2014, núm. 9 (BIB 2013\2709).
- CAMPOY CERVERA, Ignacio. “El derecho a una educación inclusiva de calidad”, *Estudios y Comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*, GUILARTE MARTÍN-CALERO (dir.); GARCÍA MEDINA (coord.), Cizur menor (Navarra): Aranzadi, 2016, p. 523-533.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos. *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Cizur menor (Navarra): Aranzadi, 2014.
- PAU PEDRÓN, Antonio. “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil”, *Revista de Derecho civil*, 2018, vol. V, núm. 3, p. 5-28.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada. *La dignidad de las personas con discapacidad: logros y retos jurídicos*, Madrid, Difusión jurídica, 2010, p. 113-177.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada. *Más allá de la capacidad de entender y querer*. Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español, Olivenza (Badajoz), Futuex, 2012 (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=494711>).
- VIVAS TESÓN, Inmaculada. “Una propuesta de reforma del sistema tuitivo español: proteger sin incapacitar”, *Revista de Derecho Privado*, Año n.º 96, 2012, p. 3-40.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada. “La equiparación del hijo mayor de edad con discapacidad psíquica al menor in potestate a efectos de alimentos matrimoniales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año n.º 90, N.º 745, 2014, p. 2510-2541.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada. “Retos actuales en la protección jurídica de la discapacidad”, *Revista Pensar*, v. 20, n.º 3, 2015, p. 823-846 (<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/4110>).
- VIVAS TESÓN, Inmaculada. “Protección de la discapacidad en el seno de la ruptura parental”, *La Ley Derecho de Familia*, n.º 10, abril-junio 2016, p. 1-17.

³³ En esta línea BELTRÁN AGUIRRE, “La esterilización de discapacitadas psíquicas en el proyecto de reforma del Código Penal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2014, núm. 9 (BIB 2013\2709), considera que “la expresión grave conflicto de bienes jurídicos protegidos encierra un concepto jurídico indeterminado, que ha de determinarse en cada caso. Creo que hubiera sido positivo que la ley objetivara de una forma más precisa las razones justificativas de la esterilización, pero no ha sido el caso”.

VIVAS TESÓN, Inmaculada. “Niños y niñas con capacidades diferentes: el derecho de la persona a tomar sus propias decisiones”, *La Ley Derecho de Familia*, núm. 13, 2017, p. 14-29.

VIVAS TESÓN, Inmaculada. “La obligación de alimentos a favor de los hijos mayores de edad: ponderación de discapacidad de alimentante y alimentista. Comentario a la STS de 13 diciembre 2017”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 107, 2018, p. 123-140.

(Página deixada propositadamente em branco)

ENTRE A LUZ E AS SOMBRAS
– POPULISMO E DIREITOS HUMANOS NO SÉCULO XXI
BETWEEN LIGHT AND SHADOWS
– POPULISM AND HUMAN RIGHTS IN THE 21ST CENTURY

Marco Ribeiro Henriques

Instituto Superior Miguel Torga

<https://orcid.org/0000-0002-2450-9843>

Daniela Serra Castilhos

Universidade Portucalense Infante D. Henrique

<https://orcid.org/0000-0002-1259-7604>

Resumo: O nosso capítulo tem como objetivo resgatar o debate sobre a relação entre populismo e a democracia através do espectro que liga um conceito ao outro à luz dos direitos humanos. Nesse sentido, apresentaremos as principais características e perspectivas das teorizações desenvolvidas por alguns autores que nos ajudam a repensar os laços entre estes dois planos. Procuraremos no presente trabalho não tomar o populismo e a democracia como núcleos dicotómicos nas formações políticas emergentes da sociedade, focando antes o nosso interesse em convocar a ideia de sombra sob o populismo. A nossa reflexão, procura assim retomar os

vários focos discursivos da experiência populista hodierna que nos possibilite identificar resultados da análise sob as formas através das quais o populismo renuncia à quase totalidade do processo democrático, tal qual o conhecemos, posicionando-a enquanto elemento central da identidade política que se assume entroncada na democracia preterindo e legitimando, direta ou indiretamente, um recuar de direitos humanos.

Palavras-chave: Populismo; Democracia; Direitos humanos; Ciência política.

Abstract: Our chapter aims to recover the debate on the relationship between populism and democracy through the spectrum linking one concept to another in the light of human rights in the 21st century. In this sense, we will present the main characteristics of the theorizations of some authors who help us rethink the bonds between these two terms. In this article, we will seek not to take populism and democracy as dichotomous nuclei in the emerging political formations of society, focusing instead on our interest in treating the idea of shadow under the populism already blazed by several authors. In this reflection, we chose to take up several discursive focuses of today's populist experience to investigate under how populism renounces almost all of the democratic process, placing it as the central element of identity politics that was said to be entrenched in democracy. Our work sought to move away from these ancient ideas by focusing our analysis on the dichotomous and consequential spectrum of the controversy between populism and democracy as a withdrawal of human rights.

Keywords: Populism; Democracy; Human rights; Political science.

Introdução

O populismo é uma matéria que sabemos complexa e de uma natureza teórica que não é consensual entre a doutrina.

No dealbar do final do século XX, este intenso debate sobre populismo alcança novos espetros até ali pouco ou nada desenvolvidos. Em Portugal, autores como Nuno Severiano Teixeira¹, tomaram a dianteira do trabalho de desagregação sobre a relação que se estabelece entre o populismo (clássico, ou numa perspetiva mais hodierna) e a democracia tal qual a conhecemos no século XXI.

Vários foram os questionamentos sobre as visões teóricas e históricas conhecidas que se ativeram no essencial a uma discussão tangente à circunscrição desta relação, numa busca incessante por estabelecer o balizamento possível entre populismo e democracia, conformando a ideia de desagregação entre populismo e democracia, encarando um como o desiderato do outro, como se de uma “doença” em certa medida se tratasse que tornaria o populismo um elemento novo para a ciência política, ainda assim defeituoso ou incorreto.

Importará revisitar a conclusão deste debate que muitas vezes opôs a relação que é possível estabelecer entre o populismo e a democracia, que, sem embargo, esteve sempre muito ligado à subsistência de um processo político populista historicamente situado num momento da história moderna identificado, como aquele que podemos considerar como sendo o primeiro “varguismo” no Brasil, contrariando no essencial com as qualidades das quais uma democracia em pleno deve gozar.

Neste sentido, podemos afirmar que a nomenclatura “populista” é, geralmente, mal entendida e, por referência a esta descrição, de

¹ TEIXEIRA, N. (2018). “Três reflexões inacabadas sobre populismo e democracia”. *Relações Internacionais*. Set. n.º 59. p. 075-083. Disponível em: <https://doi.org/10.23906/ri2018.59a06>. Consultado em 25/08/2019.

um modo que, também muito geralmente, o torna num termo de capital depreciativo ou mesmo pejorativo ou proclamatório por ser entendido, numa definição ainda assim pouco rigorosa, como anti-democrático.

Destarte, podemos ainda discorrer na tentativa de desconstruir estas limitações doutrinárias, para alguns autores metodologicamente discutíveis², o que, apenas por si, não implicará a inabalável certeza de rigor quanto à definição da terminologia mais acertada para conotar o populismo entre a ciência política.

A nossa questão de partida para a investigação que aqui se discorre assenta na aparente transformação na consciência da comunidade sobre o que deve ser uma democracia e de que modo esta transformação é influenciada pelo que poderá ser classificado por populismo.

Neste sentido, isolamos fundamentalmente quatro questões que procuraremos responder e que presidem à nossa questão de investigação e que, no presente trabalho, procuraremos responder.

Por um lado, saber se o populismo é inerente à democracia? Saber se existe uma coexistência possível entre populismo e democracia? Saber se há terreno fértil para o populismo prosperar fora da democracia? Saber qual o impacto do populismo no desenvolvimento dos direitos humanos. Se os destrói? Se os obriga a reagir? Se os conduz a transformar-se?

Na nossa investigação utilizamos uma metodologia fundamentalmente descritiva da bibliografia consultada, como livros, artigos em *journals* disponíveis em acesso aberto na internet ou relatórios cujos resultados procuraremos discutir nas próximas páginas. Por fim são aportadas algumas conclusões para reflexão.

Entender o populismo à luz deste escopo poderia revelar, novamente, uma certa miopia analítica ou uma certa simplicidade intelectual. O principal objetivo do nosso trabalho é antes refletir o

² Idem.

populismo enquanto questão teórica, no domínio da ciência política e no plano de uma perspectiva desenvolvimentista dos direitos humanos no século XXI. Sem embargo, propomos identificar ainda alguns dos seus possíveis efeitos na democracia liberal, tal como a conhecemos hoje.

1. Da Luz – A Democracia

Socorrendo-nos de uma abordagem paradigmática e panorâmica sobre o conteúdo de uma democracia, onde importará antes do mais reforçar que o modelo que vingou até aos dias de hoje é o da democracia liberal, um modelo político emergente no pós-guerra, como o único sistema internacional e maioritariamente aceite como o mais justo e consentâneo com os valores da ordem internacional hodierna³.

A democracia liberal é um modelo democrático suportado por um sistema político dominado por partidos em regra maioritariamente moderados que procuram escorar a sua narrativa num centro político nevrálgico – é um sistema baseado, fundamentalmente, em processos eleitorais livres e justos, plurais e onde o escrutínio e o debate ideológico estão, em princípio, sempre omnipresentes em todo o processo de desenvolvimento do modelo.

Este modelo político é ainda caracterizado por ser o único modelo de organização política da sociedade onde as liberdades políticas e cívicas são, não só, respeitadas, mas defendidas e até desenvolvidas num processo de continuidade democrática, promovendo e ampliando o seu conteúdo e maximizando a sua influência geracional, onde o escopo dos direitos humanos e direitos fundamentais, presentes na construção edificante do Estado de Direito são valores inquestionáveis na organização política da sociedade.

³ MÜLLER, J. (2017). *O Que é o Populismo?*. Lisboa: Texto Editora.

Aqui chegados, podemos afirmar que, como qualquer “modelo”, também a democracia parece ter entrado numa fase histórica de transformação do seu conteúdo nevrálgico. Assim nos referem autores como Jan-Werner Müller⁴.

Esta afirmação, que acompanhamos em alguns autores como Umberto Eco⁵ ou Jan-Werner Müller⁶, acresce, sobretudo porque os seus cidadãos deixam de se entender representados nas decisões políticas no processo democrático interno (democracia representativa), mas, outrossim, naquilo que podemos classificar como um “processo democrático externo”, no que concerne às Organizações Internacionais, que parecem não resolver, aos olhos dos cidadãos e, pelo menos não momentaneamente, os problemas do dia a dia das populações dos países, numa construção discursiva por vezes difícil de compreender pelos cidadãos.

É neste desalento político que a democracia e os direitos humanos nas sociedades hodiernas se vem corroendo, fermentando em si a emergência de alternativas, que proclamam uma alteração de paradigma para esta aparente ineficácia institucional, socorrendo-se dos processos democráticos para trilhar caminho e ganhar espaço.

Sem embargo, o fracasso evidente das guerras desencadeadas nos últimos 20 anos, assentes em pressupostos insuficientes e, alguns nunca evidenciados, sobretudo fruto de processos políticos impregnados de alegadas inverdades⁷, não contribuem para a saúde democrática dos Estados e garantia de vigência eficaz dos direitos humanos.

⁴ ECO, U. (2012). *A Passo de Caranguejo – Guerras quentes e populismo mediático*. Lisboa: Gradiva

⁵ *Idem*.

⁶ MÜLLER, J. (2017). *O Que é o Populismo?*. Lisboa: Texto Editora.

⁷ Veja-se o que sucedeu com a “Operação Liberdade do Iraque”, a invasão do Iraque pela coligação internacional comandada pelos Estados Unidos da América em busca de alegadas armas de destruição massiva, no combate quase irracional e sem limites contra o terrorismo, ignorando inclusive as resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

Em certa medida uma das questões mais emblemáticas e que mais tem forçado uma certa transformação das democracias liberais tal como hoje as conhecemos, está relacionada com o fracasso do *output* das instituições e decisores políticos cuja percepção, segundo autores como Nuno Severiano Teixeira, é de que o quadro político hodierno não resolve diretamente os problemas das populações mas, antes, enreda os problemas reais que afetam o dia a dia dos cidadãos em complexas teias burocráticas de certo modo incompreensíveis para o cidadão comum⁸.

Neste particular ensejo, veja-se casos como o processo de saída do Reino Unido da União Europeia ou a chamada “crise de refugiados” onde verificamos uma certa inaptidão preocupante por parte das instituições internacionais, nomeadamente da União Europeia, que vem demonstrando alguma incapacidade e vontade dos Estados em negociar um amplo entendimento entre os vários países numa solução convergente e agregadora e, sobretudo, uma decisão que vem tardando em chegar, abrindo espaço ao questionamento individual entre a população sobre a sua real importância, enquanto, quase em simultâneo, limita e procura unificar a vida de milhares de pessoas no espaço europeu, através de diretivas e regulamentos, em algumas questões mais ou menos consolidadas no dia a dia dos cidadãos⁹.

Na sequência deste percurso enumerativo e, por outro lado, também a eleição de Donald Trump ou Jair Bolsonaro, trouxeram em si atrelados vários questionamentos sobre o modo como se obtêm a legitimidade democrática para o exercício de cargos políticos num panorama de eleição com base num discurso cravejado de engano,

⁸ TEIXEIRA, N. (2018). “Três reflexões inacabadas sobre populismo e democracia”. *Relações Internacionais*. Set. n.º 59. p. 075-083. Disponível em: <https://doi.org/10.23906/ri2018.59a06>. Consultado em 25/08/2019.

⁹ Neste sentido, cfr. TEIXEIRA, N. (2018). “Três reflexões inacabadas sobre populismo e democracia”. *Relações Internacionais*. Set. n.º 59. p. 075-083. Disponível em: <https://doi.org/10.23906/ri2018.59a06>. Consultado em 25/08/2019.

incompletude ou demagogia e o impacto destes fenómenos políticos aportam ao desenvolvimento dos direitos humanos.

Em rigor nem o presidente americano, nem o presidente brasileiro, inauguraram o conceito de *fake new* mas, neste escopo de adensamento da sua utilização e, normalizando perigosamente a verdade *pós-escrita* – a chamada “pós-verdade” –, um pouco por todo o mundo os processos democráticos têm conduzido a cargos relevantes, e democraticamente eleitos, novos e renovados agentes políticos cuja narrativa é, porventura, de duvidosa pertença e identidade democrática.

A este respeito veja-se igualmente o caso polaco, húngaro, italiano, etc., e neste mesmo sentido a “saúde democrática” de países como a Rússia, Turquia, Filipinas, Hungria ou Brasil¹⁰.

Porém, o principal problema das democracias liberais será, talvez, mais profundo e até antigo. As desigualdades económicas entre Estados e, dentro dos Estados, entre cidadãos, geram consequências muito imediatas e dolorosas para o dia a dia das sociedades.

Reside, outrossim, nestas assimetrias entre cidadãos, mas também e porventura, na insegurança provocada pelo terrorismo que floresce o descontentamento com o processo democrático, degradando-o, sobretudo provocado pelos medos identitários que resultam da globalização social, económica e, por conseguinte, política¹¹.

São por isso as desigualdades entre cidadãos o terreno fértil para o descontentamento que floresce e que fermenta entre as sociedades democráticas, onde a desilusão da comunidade com o sistema de partidos tradicionais que, como já se referiu, não tem conseguido dar resposta imediata aos auspícios das populações, vem corroendo o processo democrático impregnando-o de novos e, de certo modo, até de renovados desafios.

¹⁰ *Idem.*

¹¹ MARTINELLI, A. (2016). “Populism and the Crisis of Representative Democracy”. *Populism on the Rise: Democracies Under Challenge?* Milano: ISPI.

Segundo Nuno Severiano Teixeira, em concreto, a consolidação da democracia dependerá da realização de três condições mínimas e fundamentais¹².

No que concerne às “atitudes”, este autor defende que a democracia só estará consolidada quando a esmagadora maioria do povo acredita que o processo democrático será o melhor modelo de governação.

Depois, já em matéria de direito constitucional, para Severiano Teixeira será unânime que a democracia só estará consolidada quando os principais atores políticos a par com os órgãos governamentais e não governamentais respeitam e refletem nas suas ações as normas e os procedimentos próprios da plenitude da democracia.

Ainda em termos comportamentais, este autor refere que a democracia estará plenamente instalada e, outrossim, será também plenamente aceite pela esmagadora maioria da sociedade quando nenhum ator político nacional de significativo relevo mobiliza recursos ou procura ativamente o derrube do regime e modelo político ou mesmo o fim do Estado de Direito.

2. Da Sombra – O Populismo

Alguns autores¹³ referem que o populismo tal qual o conhecemos brota das margens da ideologia política, de qualquer ideologia, fomentado pelos movimentos, coletivos sociais e pelos partidos – apelidados pejorativamente de “partidos populistas” – que florescem nas franjas do processo democrático, emergindo sobretudo do descon-

¹² Op. cit. TEIXEIRA, N. (2018). “Três reflexões inacabadas sobre populismo e democracia”. *Relações Internacionais*. Set. n.º 59. p. 075-083. Disponível em: <https://doi.org/10.23906/ri2018.59a06>. Consultado em 25/08/2019.

¹³ Como Vivian Schmidt, William Galston, ou Alberto Martinelli.

tentamento da população e em presença da ineficácia da resposta do sistema democrático¹⁴.

Por outro lado, como já referimos anteriormente, o populismo também é encarado como um termo pesado, presente na narrativa política e mediática ou mesmo um conceito essencialmente contestado e pejorativo¹⁵.

Numa amostra pouco rigorosa, poder-se-á defender que, de uma panorâmica ao *status quo* da política atual, a verdade é que ninguém quer ser rotulado de “populista”, mesmo quando se socorre de uma narrativa que possa ser classificada tecnicamente como “populista”, invadindo o espaço o debate político cavalgando o descontentamento do povo em soluções pouco rigorosas ou mesmo de duvidosa eficácia.

É precisamente neste debate que esta nomenclatura vem sendo utilizada para atacar o adversário político e denunciar a demagogia, o enviesamento da narrativa em derivas autoritárias, o discurso político primário ou o mesmo estilo do líder mais ou menos carismático, muito próprio dos agentes políticos mais “populistas”.

A ciência política, ramo científico por excelência com competência para tratar estas matérias, parece não ter conseguido delinear, até ao momento, uma definição teórica clara, nem tão pouco uma metodologia de medida que sejam consensuais no espetro puramente académico para definir o que é afinal populismo – em rigor, o “único consenso que existe é que não há consenso”¹⁶.

Já sobre o substrato teórico no quadro do populismo alguma doutrina enumera possíveis linhas de definição teórica e, navegando um pouco por toda a doutrina, seja mais estruturalista, instituciona-

¹⁴ Op. cit. MARTINELLI, A. (2016). “Populism and the Crisis of Representative Democracy”. *Populism on the Rise: Democracies Under Challenge?* Milano: ISPI.

¹⁵ Op. cit. TEIXEIRA, N. (2018). “Três reflexões inacabadas sobre populismo e democracia”. *Relações Internacionais*. Set. n.º 59. p. 075-083. Disponível em: <https://doi.org/10.23906/ri2018.59a06>. Consultado em 25/08/2019.

¹⁶ Cfr. PINTO, J. (2017). *Populismo e Democracia*. Lisboa: Sílabo.

lista ou construtivista (a literatura é, na verdade, vasta), não obstante a inexistência de um consenso, existe antes, na construção de Nuno Severiano Teixeira¹⁷, uma forte proeminência na identificação de quatro grandes linhas de definição teórica. A primeira define o populismo como uma “ideologia”, a segunda como um “discurso”, a terceira como uma “estratégia” e a última como um “estilo”.

Já para outros autores como José Filipe Pinto¹⁸ e, já Mudde em 2007 e Laclau¹⁹ em 2005 referiam, o que define o conteúdo estrutural do populismo são o povo, a elite e a vontade geral. Segundo estes autores, o populismo não é uma ideologia possível de balizar nos seus limites, como outras na ciência política²⁰.

Em rigor, contrariamente ao liberalismo, ao fascismo ou ao comunismo – que oferecem à partida uma narrativa global e uma visão de conjunto da agenda política –, o populismo propõe as mais das vezes um romper com o sistema, mas não oferece uma visão geral e programática sobre como operacionalizar essa substituição de regime.

O populismo, fundamentalmente, é pretensamente moralista e monista, contrário ao pluralismo²¹. Outra característica muito relevante e, igualmente, controversa no espectro do populismo assenta no facto de que este não é autossuficiente e precisa de se combinar com outras ideologias – habitualmente, o populismo acopla-se ao nacionalismo, quanto à direita ou com o socialismo, no espectro da esquerda.

¹⁷ Op. cit. TEIXEIRA, N. (2018). “Três reflexões inacabadas sobre populismo e democracia”. *Relações Internacionais*. Set. n.º 59. p. 075-083. Disponível em: <https://doi.org/10.23906/ri2018.59a06>. Consultado em 25/08/2019.

¹⁸ Em PINTO, J. (2017). *Populismo e Democracia*. Lisboa: Sílabo.

¹⁹ LACLAU, E. (2005). *On Populist Reason*. London: Verso.

²⁰ MUDDE, C. (2007). *Populist Radical Right Parties in Europe*. Cambridge: Cambridge University Press.

²¹ Op. cit. PINTO, J. (2017). *Populismo e Democracia*. Lisboa: Sílabo.

Encontramos por isso populismo nos diversos espectros políticos da direita até à esquerda. Os populismos de direita têm geralmente um fundamento identitário que opõe o povo à elite através de elementos como grupos que podem, na narrativa populista, alegadamente, afetar o bem-estar da comunidade, como os imigrantes, os refugiados, os ciganos, etc.

No extremo oposto, já quanto aos chamados populismos de esquerda, estes têm geralmente um fundamento económico e opõem, frontalmente, o povo trabalhador à elite dos ricos e poderosos, nomeadamente à grande indústria, aos latifundiários, ao sistema financeiro, etc.

Para Vivian Schmidt, neste plano, são fundamentalmente três, em geral, as técnicas de governo adotadas pelo populismo – ocupação do Estado, o clientelismo em massa e a repressão da sociedade civil²².

3. Problemas – O “espetro”

Optamos por tratar *ab initio* algumas interpretações de Benjamin Arditi em cujas estruturas metodológicas nos converge para pistas firmes que bruscamente nos transportam para o centro do debate sobre os processos políticos populistas e as suas relações ao processo democrático²³.

O carácter de “espetro” é uma das figuras iniciais propostas por Arditi para entender a especificidade do populismo. Este autor recupera a ideia de Margaret Canovan sobre o populismo como sombra da garantia dos direitos humanos, levantada pelo autor como uma

²² SCHMIDT, V. (2006). *Democracy in Europe: The EU and National Politics*. Oxford: Oxford University Press.

²³ Na esteira de ARDITI, B. (2009). “El populismo como periferia interna de la política democrática”. *El populismo como espejo de la democracia*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

lacuna entre o espectro pragmático e o espectro redentor da própria democracia enquanto processo político²⁴.

Esta ausência então identificada pela autora, revestida como se de uma sombra projetada pela democracia, convence Arditi de que esta lacuna poderia interpretar o populismo como um defeito da própria democracia.

Sem embargo, o autor enfatiza que Canovan dilui as derivações dessa interpretação, confirmando que o populismo não pode ser assimilado a um mau funcionamento e que, embora isto não seja equivalente à democracia, é antes uma sombra que persiste e, como tal devemos concebê-lo como uma possibilidade baseada na própria prática da democracia²⁵.

A proposta de Arditi não se destina a descartar o trabalho da autora mas, pelo contrário, subsiste na indagação de alguma especificidade mais para o populismo, tentando especificar a ideia de sombra²⁶.

Aqui chegados, podemos identificar alguns problemas que gravitam no centro das questões que se colocam entre a convivência do populismo e a democracia, como um conjunto demagógico, infiltrado de um discurso primário de estilo carismático e oportunista.

Veremos que, por um lado, a constatação que existe uma crise de validade na representação própria da democracia liberal. Por outro lado, o índice de repressão de liberdades cívicas e políticas em crescendo que vem sendo denunciado pelas organizações internacionais,

²⁴ Neste sentido, CANOVAN, M. (1999). “Trust the people! Populism and the two faces of democracy”. *Political Studies*, XLVII, n.º 1. citando op. cit. SCHMIDT, V. (2006). *Democracy in Europe: The EU and National Politics*. Oxford: Oxford University Press.

²⁵ Op. cit. CANOVAN, M. (1999). “Trust the people! Populism and the two faces of democracy”. *Political Studies*, XLVII, n.º 1. Disponível em <https://doi.org/10.1111/1467-9248.00184>. Consultado em 30/08/2019.

²⁶ Op. cit. ARDITI, B. (2009). “El populismo como periferia interna de la política democrática”. *El populismo como espejo de la democracia*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

mas também a deterioração da proteção dos direitos cívicos e liberdades políticas.

Será por isso necessário considerar que subsiste uma predisposição de diminuição do apoio popular à democracia liberal e progressiva abertura a soluções iliberais, de certo modo incompreensível.

A verdade é que é o processo democrático que fica em causa igualmente perante a erosão provocada pelo discurso do populismo na separação de poderes e no sistema de pesos e contrapesos do Estado de Direito.

A ascensão de partidos antissistema, movimentos e coletivos ditos populistas contribuem indubitavelmente para uma narrativa paulatina que vem contaminando o sistema político democrático.

No escopo desta noção de “espetro”, como os autores citados se referem, lançamos mão sobre a inconsistência unitária e estrutural do populismo e, neste sentido, vêm propor três modelos através dos quais o espetro populista pode ser apresentado, sempre enredado numa relação intrínseca com o processo democrático.

Por um lado, a ideia de que o populismo funciona como um parceiro da democracia. Como se um modo particular de representação democrática fosse compatível, mas não igual aos mecanismos próprios das democracias liberais tal como as conhecemos.

Depois, a ideia de que o populismo opera como um elemento perturbador em relação aos “operadores” clássicos da representação democrática e, por fim, quando, segundo Robert Jansen, o “espetro” não se refere a uma visitação, mas a uma ameaça que põe em risco a própria democracia²⁷.

Nesta senda, podemos afirmar na esteira de Vivien Schmidt²⁸ que é chegado o ponto em que o modo de representação populista e a

²⁷ Cfr. JANSEN, R. (2011). “Populist Mobilization: A New Theoretical Approach to Populism”. *Sociological Theory*, n.º 29, p. 75-96.

²⁸ Op. cit. SCHMIDT, V. (2006). *Democracy in Europe: The EU and National Politics*. Oxford: Oxford University Press.

inclinação para um estilo particularmente abrupto de fazer política deixam de ser momentos internos do processo democrático para se tornarem o seu ameaçador reverso.

Podemos, por isso, fazer uma leitura de que o espectro populista funciona como a “presença de uma ausência”, aquela que aparece e reaparece, mas que sempre ocorre pela primeira vez, que acompanha sem ser vista, que sitia porque é inquieta e vice-versa²⁹.

Aqui chegados, parece-nos fundamental refletir sobre se liberdade e democracia estão a ser tomadas de assalto?

Segundo o relatório “Freedom in the World 2018”, 71 países desceram nos índices de liberdade enquanto apenas 35 subiram³⁰. E, entre aqueles que operaram maiores transformações, 20 pioraram e apenas seis melhoraram. Este é o décimo segundo ano consecutivo em que a média dos níveis de direitos cívicos e liberdades políticas declina em todo o mundo.

Segundo Nuno Severiano Teixeira³¹, as democracias consolidam, mas também podem “desconsolidar”. Ou seja, afinal, a democratização é um processo de dois sentidos. Segundo as diferentes perspetivas teóricas, uns chamaram-lhe “democratic backsliding”, outros “democratic deconsolidation”, mas do ponto de vista político o resultado é o mesmo: o retrocesso da democracia.

²⁹ Como se refere no artigo a páginas 17, de HAWKINS, K., RIDING, S.; MUDDE, C. (2012). “Measuring Populist Attitudes”. *CIDE/IPSA/C&M, Committee on Concepts and Methods, Political Concepts*. Working Paper Series, N.º 55, Jan., p. 1-35.

³⁰ FREEDOM HOUSE. (2019). *Freedom in the World 2018. Democracy in Crisis*. Disponível em: https://freedomhouse.org/sites/default/files/FH_FITW_Report_2018_Final_SinglePage.pdf. Consultado em 30/08/2019.

³¹ Op. cit. TEIXEIRA, N. (2018). “Três reflexões inacabadas sobre populismo e democracia”. *Relações Internacionais*. Set. n.º 59. p. 075-083. Disponível em: <https://doi.org/10.23906/ri2018.59a06>. Consultado em 25/08/2019.

Considerações finais

Aqui chegados e recordando as nossas questões de partida, podemos concluir, respondendo que os populistas não são contra a democracia. Eles aceitam a democracia eleitoral, a soberania popular e a regra da maioria.

Porém, o populismo é frontalmente contrário ao constitucionalismo liberal. Rejeitam o pluralismo, os direitos das minorias, a separação dos poderes e o Estado de Direito e, nesta senda, o populismo rejeita parte das externalidades próprias do processo democrático.

Por outro lado, o populismo levanta um conjunto de problemas reais sentidos pelas populações que não têm tido resposta por parte das elites, como as já enumeradas questões ligadas à imigração à direita ou a austeridade económica à esquerda.

As soluções do populismo negam o pluralismo e rejeitam a legitimidade de todas as posições políticas, restringindo a independência do poder judicial e recorrendo às redes sociais como plataformas de veiculação das suas verdades, sem debate, dispensando o indispensável contraditório.

Podemos, por isso, afirmar que o populismo se socorre instrumentalmente da democracia para a descaracterizar. Não sendo, por isso, possível ignorar os problemas levantados pelos populistas e que afetam indubitavelmente o processo democrático, num reconhecimento de que as democracias estão cada vez menos democráticas, com menos soluções tecnocráticas de governo e mais soluções democráticas de participação e de representação.

Antecipando as nossas conclusões, somos compelidos a levantar outros questionamentos no escopo das nossas perguntas de partida.

Referir ainda que as democracias já não caem pelo método violento do derrube ou do colapso, mas sim pelo método incremental da erosão, usando os mecanismos do regime democrático para subverter a própria democracia.

Os cidadãos ameaçam não se sentir representados pelos partidos tradicionais e não sentem que os governos respondam aos seus problemas, medos e às suas inseguranças, particularmente de natureza económica e cultural.

Segundo Noam Gidron e Bart Bonikowski³², esta dupla ameaça reflete-se desde os produtos nacionais, à segurança no emprego ou aos benefícios sociais, no sentido económico, aos costumes, às tradições e às identidades, no sentido cultural ou religioso.

A transformação do paradigma do tradicional populismo de direita à emergência do populismo de esquerda – o problema passa a estar, não na democracia, mas no liberalismo.

Emergindo no vasto manancial de discussão teórica sobre o assunto, a seleção de um ponto de partida tende a ser uma decisão que nos coloca indubitavelmente em confronto com várias correntes de opinião, muitas vezes controversa.

Bibliografia

- ARDITI, B. (2009). “El populismo como periferia interna de la política democrática”. *El populismo como espejo de la democracia*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- CANOVAN, M. (1999). “Trust the people! Populism and the two faces of democracy”. *Political Studies*, XLVII, n.º 1. Disponível em <https://doi.org/10.1111/1467-9248.00184> consultado em 30/08/2019.
- ECO, U. (2012). *A Passo de Caranguejo – Guerras quentes e populismo mediático*. Lisboa: Gradiva.
- FREEDOM HOUSE. (2019). *Freedom in the World 2018. Democracy in Crisis*. Disponível em: https://freedomhouse.org/sites/default/files/FH_FITW_Report_2018_Final_SinglePage.pdf consultado em 30/08/2019.
- GALSTON, W. (2018). *Anti Pluralism. The Populist Threat to Liberal Democracy*. New Haven: Yale University Press.

³² GIDRON, N.; BONIKOWSKI, B. (2013). “Varieties of Populism: Literature Review and Research Agenda”. *Weatherhead Center for International Affairs*. Harvard University: Working Paper Series, n.º 13. p. 1-38.

- GIDRON, N.; BONIKOWSKI, B. (2013). "Varieties of Populism: Literature Review and Research Agenda". *Weatherhead Center for International Affairs*. Harvard University: Working Paper Series, n.º 13. p. 1-38.
- HAWKINS, K.; RIDING, S; MUDDE, C. (2012). "Measuring Populist Attitudes". *CIDE/IPSA/C&M, Committee on Concepts and Methods, Political Concepts*. Working Paper Series, N.º 55, Jan., p. 1-35.
- JANSEN, R. (2011). "Populist Mobilization: A New Theoretical Approach to Populism". *Sociological Theory*, n.º 29, p. 75-96.
- LACLAU, E. (2005). *On Populist Reason*. London: Verso.
- _____. (1977), "Hacia una teoría del populismo". *Ernesto Laclau, Política e ideología en la teoría marxista. Capitalismo, fascismo, populismo*. Madrid: Siglo XXI editores.
- MARTINELLI, A. (2016). "Populism and the Crisis of Representative Democracy". *Populism on the Rise: Democracies Under Challenge?* Milano: ISPI.
- MUDDE, C. (2007). *Populist Radical Right Parties in Europe*. Cambridge: Cambridge University Press.
- MÜLLER, J. (2017). *O Que é o Populismo?* Lisboa: Texto
- PINTO, J. (2017). *Populismo e Democracia*. Lisboa: Sílabo.
- TEIXEIRA, N. (2018). "Três reflexões inacabadas sobre populismo e democracia". *Relações Internacionais*. Set. n.º 59. p. 075-083. Disponível em: <https://doi.org/10.23906/ri2018.59a06> . Consultado em 25/08/2019.
- SCHMIDT, V. (2006). *Democracy in Europe: The EU and National Politics*. Oxford: Oxford University Press.

NOTAS CURRICULARES

A. Jacob Simões advogado licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Presidente do Conselho Regional de Coimbra da Ordem dos Advogados no Triénio 2016-2019 e anterior Presidente do Conselho de Deontologia de Coimbra da Ordem dos Advogados nos triénios de 2008 a 2013, mantendo uma carreira notável como Advogado Penalista desde maio de 1991, atividade a que se dedicou logo após a Licenciatura em Direito que cursou na Universidade de Coimbra nos anos 1984 a 1989. Foi formador da Ordem dos Advogados nas áreas de Penal e Processo Penal e regente destas matérias na Licenciatura em Direito da Universidade Internacional da Figueira da Foz e do Instituto Superior Miguel Torga em Coimbra, onde também colaborou no 1º e 2º Mestrado em Direito do Instituto Bissaya Barreto.

Aitziber Emaldi Cirión Profesora Titular de Derecho Constitucional. Profesora de Biomedicina y Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto. Miembro del Comité de Ética de Investigación, Universidad de Deusto.

António Carlos da Silva Doutor em Ciências Sociais pela Universidade de Leon, Espanha, com pós-doutoramento no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. Professor-pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Políticas Sociais e Cidadania da

Universidade Católica do Salvador. Coordenador do Núcleo de Estudos sobre Direitos Humanos.

Antonio-Carlos Pereira Menaut Jubilado Profesor Catedrático de la Universidad de Santiago de Compostela (USC) en el área de Derecho Constitucional. Director de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Constitucional Europeo de la USC. En la calidad de Profesor visitante, impartió docencia en diversas universidades de Norte, Centro y Sudamérica: Valparaíso y William and Mary (EE.UU.), UP, Bonaterra (México); Piura, San Martín de Porres (Perú), U. de los Andes, Santo Tomás, U. de Chile, Adolfo Ibáñez, UCV, Valparaíso (Chile). El Destacado jurista centra su investigación en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea. Anteriormente se ha ocupado de Teoría Política, Teoría Constitucional, Constitucionalismo Comparado (sobre todo inglés), y Federalismo, Autonomía y organización territorial.

Cláudia Ribeiro Pereira Nunes, Ph.D. Deputy Coordinator of the Graduate Program in Law of Pro-Reitoria of Degree Programs, Research and Community Services of Veiga de Almeida University and Co-coordinator of Research Group on Global Comparative Law: Governance, Innovation and Sustainability. At the Yale MacMillan Center University, U.S., she is conducting research to gain a better understanding of the impact of global law and governance issues in closely interconnecting leading globalized sectors in respect to innovative technology challenges.

Cristina Pinto Albuquerque Professora Auxiliar da Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação da Universidade de Coimbra. Investigadora do Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX.

Daniela Serra Castilhos Professora Auxiliar da Universidade Portucalense. Doutora em Direitos Humanos pela Universidade de Sala-

manca. Coordenadora do Módulo *Jean Monnet The European Union as a global player for Democracy and Fundamental Rights*.

Dora Resende Alves Doutora em Direito na área de Estudos de Direito da União Europeia. Professora Auxiliar da Universidade Portucalense Infante D. Henrique (UPT). Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense (IJP).

Elena Atienza Macías investigadora pós doutorada “Juan de la Cierva” pela Universidade do País Basco, Cátedra de Derecho y Genoma Humano. Licenciada em Direito pela Universidade de Deusto, com especialização em Direito Privado e da Empresa. Mestre em Derechos Fundamentales y Poderes Públicos pela Universidade do País Basco. Doutora em Direito pelas Universidades de Deusto, Universidad Pontificia Comillas e Universidad Ramón Llull-ESADE. Coordenadora da Revista de *Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada / Law and the Human Genome Review. Genetics, Biotechnology and Advanced Medicine* editada pelo G.I. Cátedra de Derecho y Genoma Humano juntamente com a Editorial Dykinson; Coordenadora do *Boletín Perspectivas en Derecho y Genoma Humano / Perspectivas en Derecho y Genoma Humano Newsletter / Perspectivas en Derecho y Genoma Humano Buletina*, editado em castelhano, inglês e basco.

Inmaculada Vivas Tesón Profesora Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Sevilla (España). Ha producido varias monografías, entre ellas *Voluntad del testador y plazo del derecho a suceder* (1998), *El contrato de compraventa con pacto de retro* (2000), *La protección económica de la discapacidad* (2009), *La dignidade de las personas con discapacidad: Logros y retos legales* (2010) y *El reparto de bienes y deudas entre cónyuges en situaciones de crisis matrimonial* (2013). Ha publicado más de ochenta artículos sobre diversas institu-

ciones de Derecho Civil en prestigiosas revistas jurídicas nacionales e internacionales, participando en más de cincuenta obras colectivas. Dirige proyectos de investigación nacionales y europeos. Ha realizado estancias investigadoras en Brasil, Chile e Italia. Ha impartido docencia en Italia, Chile y Perú. Participa como ponente en Congresos nacionales e internacionales. Es directora de numerosas Tesis Doctorales. En 2011 recibió el Primer Premio del Observatorio Estatal de la Discapacidad y en 2013 fue galardonada con el Premio Fundación Alares por la conciliación de la vida laboral, familiar y personal.

João Proença Xavier Professor Visitante da Universidade de Las Palmas de Gran Canaria – Faculdade de Ciências Jurídicas UPLGC (Programa Erasmus +) para Mobilidade Docente. Pósdoctoral *Research Scientist* – “*Derechos Humanos en Perspectiva Comparada Brasil España*” – Instituição: Universidade de Salamanca (Espanha) e IURJ – Instituto Universitário do Rio de Janeiro (Brasil) / CEB – *Centro de Estudios Brasileños* da Universidade de Salamanca. Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca (Espanha). Investigador Especialista em Direitos Humanos / Direito Comparado e Direito Biomédico. Mestre em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca. Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), com *Master em Human Rights and Democratization* pelo IGC – *Ius Gentium Conimbrigae* – Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra. Auditor do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro do Instituto Jurídico Portucalense – IJP da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto (Portugal). Professor Doutorado Integrado no Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX – Universidade de Coimbra (Portugal) eleito Membro suplente da Direção do CEIS20 para o triénio 2020-2023. Coordenador Científico da área da Bioética e Direito Biomédico do IBEROJUR – Instituto Iberoamericano de Estudos em Direito.

Membro Fundador do OEHD – Observatório Especializado dos Direitos Humanos do Conselho Regional da Ordem dos Advogados de Coimbra; ADOGADO EUROPEU com a Insígnia do Ilustre Colégio de Abogados de Salamanca (Espanha). Membro da SPMR – Sociedade Portuguesa de Medicina da Reprodução. Membro Fundador da ACONSULTIIP – Associação de Consultores de Investimento e Inovação de Portugal. Consultor Internacional da Comissão de Direito Constitucional da Ordem dos Advogados Brasileiros Secção do Estado do Rio de Janeiro (Brasil). Membro do *NATIONAL ORGANISING COMMITTEE* do 14º Congresso Mundial de Bioética: *14 th World Conference on Bioethics, Medical Ethics & Health Law*.

Laura Miraut Martín Directora del Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas de la FCJ – ULPGC desde el 06 de junio de 2018 hasta la actualidad. Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, donde imparte las asignaturas de Derecho Natural y Filosofía del Derecho. Directora del Programa de Doctorado titulado: La decisión jurídica: hechos y normas en la argumentación del derecho, también Coordina el grupo de investigación denominado: La decisión judicial especial consideración del problema inmigratorio, todo en la FCJ ULPGC – Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

Lívia Dias Barros Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Mestre em Direitos Humanos na mesma Instituição de Ensino. Professora de Direito Administrativo e Constitucional da Universidade Católica de Pernambuco.

Marco Ribeiro Henriques Assistente Convidado do Instituto Superior Miguel Torga, doutorando em Direito pela Universidade Nova de Lisboa.

Maria de Fátima de Castro Tavares Monteiro Pacheco Docente do Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto do Instituto Politécnico do Porto. Investigadora do Centro de Investigação Interdisciplinar da Universidade do Minho.

Maria Teresa Lopes Cruz Mestre em Estudos Anglisticos pela FLUL. Tradutora e revisora de textos científicos de mestrado e doutoramento, com especialização em revisão ortográfica, sintática e semântica.

Paulo Pinto de Albuquerque Juiz do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, de 1 de abril de 2011 a 31 de março de 2020. Professor Catedrático da Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa, de junho de 2015 ao presente. *Doctor Honoris Causa*, *Edge Hill University*.

Pedro Garrido Rodríguez Doctor por la Universidad de Salamanca. Docente de los Programas de Posdoctorado de Derechos Humanos DHPCBE y GDHDS de la Universidad de Salamanca; EIPPPD y EIPPS de la Universidade Portucalense. Miembro investigador del Instituto Jurídico Portucalense, y del Seminario Internacional de Historia Contemporánea de los Derechos Humanos.

Rubén Miranda Gonçalves Doctor en Derecho Administrativo, Máster en Derecho de las Administraciones e Instituciones Públicas y Licenciado en Derecho, con Grado, por la Universidad de Santiago de Compostela. Profesor en el Máster en Seguridad, Paz y Conflictos Internacionales de la Universidad de Santiago de Compostela, Profesor colaborador del Máster en Abogacía de la Universidad Europea.

Vanessa Alexandra de Melo Pedroso pós-doutora pelo Programa de Pesquisa em Ciências Sociais, Crianças e Adolescentes na América

Latina da rede: PUC-São Paulo e Conselho Latino Americano de Ciências Sociais. Doutora em Direito Penal pela Universidad Complutense de Madrid. Líder do Grupo de Pesquisa/CAPES-CNPQ: Estudos Latino Americanos em Direitos Humanos. Professora de Direito Penal da Universidade Católica de Pernambuco, onde, também, leciona, na condição de Professora Permanente, em seu Programa de Pós-Graduação em Direito.

Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti pós-doutorado em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca, Espanha. Doutorada em História – Universidade de León, Espanha. Professora e pesquisadora da Universidade Católica do Salvador no Doutorado e Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea e do Programa de Pós-Graduação em Estudos Interdisciplinares sobre Mulheres, Género e Feminismo. Integrante e líder do Núcleo de Estudos sobre Direitos Humanos e do Instituto de Sociologia como investigadora associada.

(Página deixada propositadamente em branco)

HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA

DIREÇÃO: MARIA MANUELA TAVARES RIBEIRO

«História Contemporânea» é, como todos sabem (sobretudo os historiadores), um conceito lato e ambíguo. É, sempre, no entanto, um «conceito que regressa» e que, por isso, se mantém firme no vocabulário historiográfico. Portanto, continuou-se a adotá-lo nesta Coleção de carácter geral sobre a história do século XX, e também, por um lado, do século XIX, sempre presente no espírito dos historiadores contemporaneístas, e mesmo, por outro lado, do século XXI, que começa a assomar no horizonte de uma História que se deseja cada vez menos como um passado sem vida e cada vez mais como um processo de interpretação que inclui a reflexão sobre a atualidade. Mas, esta visão não supõe uma conceção «presentista» e ideológica, porque se deseja sobretudo que a História seja uma Ciência, mesmo que se admita – como Le Goff – que ela o é, mas «não é uma ciência como as outras».

A Coleção «História Contemporânea» – que se juntará a outras séries de publicações do Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX da Universidade de Coimbra, editadas pela Imprensa da Universidade de Coimbra – integrará, pois, estudos de variadas temáticas, conceções, objetivos e desenvolvimentos, sobre os últimos séculos da História.

Desta forma, pretende-se situar a História num espaço de «intervenção» (no sentido em que a Ciência é *intervenção*), e numa luta que, de algum modo, prolonga a temática do colóquio do décimo aniversário do CEIS20, «Outros Combates pela História», cujo título se inspirou numa obra clássica de Lucien Fèbvre.



HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA



UNIVERSIDADE D
COIMBRA